# Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum

Ernst Landsberg



# Die Glosse des Accursius

und ihre

# Lehre vom Eigenthum.

---

# Die Glosse des Accursius

und ihre

# Lehre vom Eigenthum.

---

Rechts- und dogmengeschichtliche Untersuchung

von

**Dr. Ernst Landsberg,**
Privatdocent des Römischen Rechts an der Universität Bonn.



Leipzig:
F. A. Brockhaus.

1883.



Dem Andenken desjenigen,

welcher an der Entstehung dieses Werkes
nicht geringen Theil hat, das Erscheinen desselben
nicht mehr erleben sollte,

des

Herrn Geheimrath Professor Dr. von Stintzing
(† 13. September 1883)

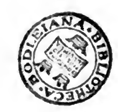
meines allzeit fördernden Meisters, sichern Berathers
und väterlich gütigen Freundes.

# Vorwort.

Einen Theil vorliegender Arbeit über die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum hat der Verfasser im vorigen Jahre der juristischen Facultät der Bonner Friedrich Wilhelms-Universität als Habilitationsschrift eingereicht. Er übergibt jetzt das ganze Werk der Oeffentlichkeit, zunächst in der Hoffnung, daß es manchem Juristen nicht unwillkommen sein wird, von den Bemühungen und Leistungen der Glossatoren ein Gesammtbild zu erhalten, wie es zu entwerfen hier versucht worden ist. Da aber weiterhin, von diesem historischen Interesse abgesehen, die von Accursius gegebenen Interpretationen vielfach, auch heutzutage noch, eine dogmatische Bedeutung beanspruchen können, so ist, um die Benutzung des Buches nach dieser Seite hin zu erleichtern, ein möglichst genaues Quellenregister demselben beigefügt.

Bonn, im September 1883.

E. L.



# Einleitung.

Zweck dieser Arbeit ist es, Form, Geist und Theorie der Leistungen der Glossatoren, besonders der glossa ordinaria, zu erkennen; Gegenstand dieser Arbeit ist die Darstellung der Lehre vom Eigenthum nach dem Dogma der Glosse.[1]

Da durch Erörterung dieses Gegenstandes jener Zweck erreicht werden soll, so handelt es sich weniger um einen monographischen Beitrag zur Eigenthumslehre, als vielmehr um rechts- und dogmenhistorische Studien auf Grund eines solchen.

Obgleich allgemein anerkannt ist[2], daß bei der Reception des Römischen Rechts in Deutschland nicht sowol das reine Römische, als vielmehr ein durch die Lehre der Glossatoren — ca. 1100 bis 1250 — und Postglossatoren — ca. 1250 bis 1500 — eigenthümlich abgeändertes, und besonders mittelalterlichen Zuständen angepaßtes Recht aufgenommen worden ist[3],

---

[1] Ein für allemal sei bemerkt, daß die Ausdrücke: Glosse, glossa ordinaria, Accursius, völlig gleichwerthig im Laufe dieser Arbeit zur Benutzung kommen, sofern nicht der Zusammenhang eine besondere Bedeutung ergibt.

[2] Scharf und bestimmt formulirt bei Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 49, einem Autor, dessen Nennung mich wol vom Herbeiziehen weiterer Citate dispensirt. Auch von nicht streng juristischer Seite ist das im Text Behauptete übrigens schon hervorgehoben worden, s. Ficker, Zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, I, 7 und 8. — Vgl. etwa noch Fitting, Das Castrense peculium, §. 82 im Anfange, S. 583, Note 1.

[3] Freilich nie so, daß die sich aus diesem Vorgange ergebende Gestalt desselben auch rechtlich bindend für Deutschland gewesen wäre; die Herrschaft

fehlt es doch noch durchaus an Werken, welche feststellten, was denn eigentlich Glossatoren und Postglossatoren lehrten, was für Abänderungen und Ummodelungen es gewesen sind, mit welchen wir die Römische Rechtsmasse aus Italien überkommen haben.[1]

Zwar pflegen heutzutage die Monographien auf dem Gebiete des Römischen Rechts bis auf die Zeit der Glossatoren zurückzugehen; da es sich dann aber wesentlich darum handelt, zu zeigen, wie die betreffende besondere Partie der Rechtslehre sich geschichtlich entwickelt hat, nicht welches die Ansichten und Leistungen der verschiedenen berührten Epochen im allgemeinen gewesen sind, so können derartige Werke wol Material zu einer bestimmt auf die Zeit der Glossatoren oder Postglossatoren gerichteten Arbeit liefern, nicht aber eine solche Arbeit ersetzen. Es handelt sich demgemäß darum, diese Lücke zunächst einmal für die Periode der Glossatoren auszufüllen: daher der Zweck der vorliegenden Arbeit.

Von selbst versteht sich, daß hier rein allgemeine Betrachtungen über die Leistungen der Glossatoren nicht genügt haben würden, es mußte vielmehr ein anderer Weg eingeschlagen werden: offenbar der, die Theorie der Glosse über das Römische Recht in ihren Einzelheiten, aber mit steter Rücksicht auf den allgemeinen Zweck, zu entwickeln. Da eine derartige Arbeit für den ganzen Umfang des Römischen Rechts zu leisten zu weitläufig

---

der italienischen Jurisprudenz war vielmehr eine blos factische, durch die Art und Weise des Receptionsprocesses bedingte. Sobald man sich in Deutschland stark genug fühlte, selbständig die Quellen des Römischen Rechts zu interpretiren, war man dazu zweifelsohne berechtigt; bis dahin aber verging eine geraume Zeit (s. Savigny, System des Römischen Rechts, I, 68, §. 17 b.). Juristisch bindende Folge der betreffenden Thatsache ist nur die, daß nicht glossirte Stellen des Corpus juris nach förmlicher, allgemein anerkannter Rechtsregel als nicht recipirt gelten; s. meine Dissertationsschrift über den Satz: Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum.

[1] Schon Wenck hat über diesen Mangel 1820 geklagt, und zwar mit ganz zutreffender Hervorhebung der Bedeutung des Gegenstandes; er hoffte auf Abhülfe von Seite Savigny's, dessen großes Werk über die „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“ Dogmenhistorisches zu leisten jedoch gar nicht beabsichtigt. — S. Wenck, Magister Vacarius, S. 149.

und zeitraubend gewesen wäre, so konnte es sich nur um die Exemplification an irgendeinem Theile des Rechts handeln. Das, was man heuzutage „allgemeinen Theil der Pandekten“ nennt, erscheint wol von vornherein am tauglichsten zu derartiger Verwendung als Beispiel; da aber schon die Form der Glosse es ihr unmöglich macht, auf ausführliche Erörterung allgemeiner Lehren einzugehen, so war hier wenig von ihr zu hoffen, und mußte daher auf Darstellung dieses Abschnittes verzichtet werden. Von den verschiedenen Abschnitten des sogenannten „besondern Theiles“ schien das in präcisern und engern Schranken geschlossene Sachenrecht dem Studium am meisten Vortheile zu bieten; da aber bei der Nothwendigkeit, sehr weit ins Detail zu gehen, selbst durch diese Wahl die Grenze noch nicht enge genug gezogen war, so wurde zur ausführlichen Erörterung ein Hauptstück aus dem Sachenrecht, die Lehre vom Eigenthum, bestimmt: daher der Gegenstand der Arbeit oder, richtiger gesagt, ihres zweiten, besondern Theiles.

Nothwendig zeigte es sich nämlich, in einem ersten, allgemeinen Theil einige weiterreichende Bemerkungen und geschichtliche Notizen voranzuschicken. Bei der relativ geringen Anzahl derjenigen, welchen die von Glossatoren und Postglossatoren eingenommene Periode der Rechtsgeschichte durchaus bekannt ist, war zunächst eine „Historische Uebersicht“ vorauszusenden. Dieselbe bietet geschichtlich nichts Neues, sondern blos eine gedrängte Zusammenstellung dessen, was von verschiedenen Schriftstellern an verschiedenen Orten Einschlägiges berichtet wird. Die allgemeinen Betrachtungen, welche mit der Erzählung verbunden sind, erheben durchweg ebenso wenig den Anspruch der Originalität; doch sind hin und wieder auch die Ergebnisse eigener Studien, soweit sie in den besondern Theil nicht gut sich einfügen ließen, oder in ihm den Zusammenhang gestört haben würden, eingestreut und dann als solche, sei es ausdrücklich, sei es durch die Form des Vortrags, kenntlich gemacht. In dem „Historischen Ueberblick“ wird auch an geeigneter Stelle eine Würdigung der Thätigkeit und Leistungen der Glossatoren sowie speciell des Accursius und seiner glossa ordinaria geboten. — Ein zweiter

Abschnitt des ersten Theils berichtet über die bei dieser Arbeit benutzten Ausgaben älterer Werke.

Der zweite Theil gibt sodann die Erörterung der Lehre vom Eigenthum nach der glossa ordinaria. Da nämlich diese von Accursius herrührende Compilation[1] für die Folgezeit und deren Rechtsentwickelung eine derartig ausschließliche Bedeutung gewonnen hat, daß alles hinter ihr Liegende vollständig zurückgedrängt wurde, so kann auch nur sie von eigentlich dogmenhistorischem Interesse sein. Nur so weit zu ihrem Verständniß die Kenntniß der frühern Glossatorenliteratur nöthig und unentbehrlich ist, war diese nothwendigerweise heranzuziehen; doch kommt immerhin außerdem noch das rein geschichtliche Interesse zur Geltung. Demgemäß bildet die Hauptfrage immer diejenige nach der Meinung der glossa ordinaria oder des Accursius; was von letzterm approbirt ist, das ist für die Folgezeit von Einfluß und hat daher für uns hervorragende Bedeutung. Daneben wird dann aber doch regelmäßig erwähnt werden, was wir sonst aus der Glossatorenzeit über den gerade besprochenen Punkt wissen[2]; und schließlich ist auch manches aus dem geringen Material, welches wir für die Zeit vor den Glossatoren besitzen,

---

[1] Dieselbe gilt der spätern Zeit geradezu als Gesetz; daher darf man aus dem, was die frühern Glossatoren geleistet haben, kaum mehr Aufklärung für ihr Verständniß hervorholen wollen, als, um ganz moderne Verhältnisse zum Vergleiche heranzuziehen, aus den Motiven für die Interpretation eines Gesetzes.

[2] Hinsichtlich des vor-Accursischen Materials habe ich Vollständigkeit nicht beabsichtigt. Eine eigene, ganz gewaltige Arbeit wäre es gewesen, zu constatiren, woher die glossa ordinaria stammt, und ob jedes Stück derselben wirklich von Accursius in sie aufgenommen sei. Bezüglich der Glosse zum Decret ist eine derartige Arbeit geleistet in dem großen Werk von von Schulte: „Die Glosse zum Decret Gratian's von ihren Anfängen bis auf die jüngsten Ausgaben“ (Wien 1872). — Besonders hätte es sich, wenn solches beabsichtigt worden wäre, auch um ausgedehnte handschriftliche Studien gehandelt. Da es mir aber nur darauf ankam, die Glosse in ihrer dogmatischen Bedeutung zu besprechen, und es daher irrelevant erscheinen mußte, wessen Eigenthum die einzelnen Glossen sind, sobald nur feststand, daß sie zur wirklichen glossa ordinaria gehörten, so habe ich mich durchweg auf das gedruckte Material beschränken können.

aufgenommen worden, sofern es möglich war, einen Zusammenhang für dasselbe herzustellen.

Die theoretische Auseinandersetzung über das Eigenthum war, da es gerade Zweck der Arbeit, eine übersichtliche Zusammenstellung zu liefern, in eine modern-systematische Form zu bringen; in diese war der Inhalt der Glosse einzupassen und eben hierdurch zu veranschaulichen. Das hierbei befolgte System ist das allgemein gebräuchliche moderne Pandekten-System.

Die Darstellung ist, wie schon bemerkt, eine sehr ausführliche und häufig weit ins Detail gehende; denn da die Glosse gerade in den Einzelheiten, der Interpretation besonders schwierigen Stellen und der feinen Casuistik, glänzt, so hätte ein Werk, welches nur die allgemeinen Züge berücksichtigt hätte, kein zutreffendes Bild von ihr gegeben.

Vollständig außerhalb des Rahmens der Arbeit sind geblieben rein processualische Materien; einerseits bedingen diese eine ganz andere Art der Behandlung[1], andererseits aber würde alles Derartige auch werthlos und unnütz werden mit dem Erscheinen der Fortsetzung des großen Bethmann-Hollweg'schen Werkes über die Geschichte des Civilprocesses.

Obgleich es sich darum handelt, einen möglichst objectiven Bericht über die Theorie der Glosse zu liefern, so konnten doch hin und wieder kritische Bemerkungen nicht ganz unterdrückt werden. Eine allzu specielle Berücksichtigung moderner Literatur hätte die Gefahr involvirt, unwillkürlich in der Glosse zu suchen, was nicht in ihr ist; außer den allgemein bekannten Pandekten-Lehrbüchern sind daher nur wenige Schriften hinzugezogen worden, besonders Specialwerke nur mit großer Auswahl; doch wird man hoffentlich diejenige genauere Kenntniß der einschlagenden Fragen, welche Vorbedingung einer derartigen Arbeit ist, nicht vermissen.

Was die Citate der Glosse betrifft, so ist jede Glosse mit ihrem Anfangsworte bezeichnet; dann wird durch die Wendung

---

[1] Besonders mehr Rücksichtnahme auf Kanonisches Recht.

„ad leg.“ etc. darauf hingewiesen, zu welcher Gesetzesstelle sie gehört. Die Gesetzesstellen sind der modernen Manier gemäß, und zwar auch mit derjenigen Zahl des Titels und der einzelnen lex aufgeführt, welche ihnen nach unsern Ausgaben des Corpus juris zukommt; wo die alten, glossirten Ausgaben anders zählen, ist die betreffende andere Nummer jedoch regelmäßig in Klammern danebengesetzt. Da, wo eine Glosse ganz besonderes Interesse nach Form und Inhalt bot, auch nicht allzu lang erschien, ist dieselbe wol selbst zum Abdruck gebracht; die von der betreffenden Glosse citirten Gesetzesstellen sind dann zunächst in der Manier der Glosse, daneben in moderner Manier angegeben.

---

Ueber die benutzten Ausgaben älterer Schriftsteller legt, wie schon bemerkt, ein besonderer Abschnitt des ersten Theiles Rechenschaft ab; was die Schriften über die Glosse angeht, so finden sich ausreichende Angaben über die frühere Literatur bei Spangenberg, Einleitung in das Römische Rechtsbuch, S. 266 und 267, sowie bei Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, S. 279 und 280. Von neuern Werken, welche ausdrücklich über die Glosse handeln oder im Vorübergehen Betrachtungen und Notizen über die Glosse liefern, sind folgende zu nennen:

Spangenberg, Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch (Hannover 1817); S. 255 fg. und S. 266 fg. handeln von den Glossatoren und von der glossa ordinaria.

Wenck, Magister Vacarius (Leipzig 1821); Monographie über den Glossator Vacarius mit allgemeinen Notizen über die Glosse.

Berriat-Saint-Prix, Histoire du droit romain (1821), S. 287—299 handeln von der glossa ordinaria.

Prodromus Corporis juris civilis a Schradero, Tafelio, Clossio professoribus Tubingensibus edendi (Berlin 1823). S. 231—239 bieten Studien über die handschriftlich erhaltenen vor-Accursischen Glossen zu den Institutionen, sowie einen Ver-

gleich derselben mit der glossa ordinaria; S. 240—243 beschäftigen sich mit der letztern selbst.

Biener, Geschichte der Novellen (1824). Bemerkungen über die Glosse zu den Novellen finden sich S. 291—314. Biener's sowol wie der vorgenannten Autoren Ausführungen sind meist auch auf die Glosse zu andern als den gerade besprochenen Theilen des Corpus juris anwendbar.

J. G. Claussen, diss., denuo edendae Accursianae glossae specimen (Halae 1828); genaue kritische Ausgabe des Textes der Glosse zu den ersten Titeln der Pandekten.

von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Speciell mit der glossa ordinaria befaßt sich in Bd. 5, welcher 1829 erschienen ist, der Abschnitt S. 262—305. Die Geschichte der Glossatoren behandeln Bd. 3 bis Bd. 5, S. 262. Weitere Bemerkungen über dies classische Werk beizufügen erscheint überflüssig.

Briegleb, Geschichte des Executivprocesses (Nürnberg 1839), mit werthvoller Chrestomathie von Belegstellen und wichtigen Angaben über den Charakter der Glossatorenschule im allgemeinen.

Ratjen, Vom Einflusse der Philosophie auf die Jurisprudenz, besonders von der Benutzung der vier Arten des Grundes oder der Ursächlichkeit (Kieler Universitätsprogramm 1855); nimmt vielfach auf die Glossatorenliteratur Rücksicht.

von Bethmann-Hollweg, Geschichte des gemeinen Civilprocesses, Bd. VI, Abth. 1 (1874), behandelt die civilprocessualischen Leistungen der Glossatoren und bietet dabei eine Fülle charakteristischer allgemeiner Bemerkungen.

von Schulte, Geschichte der Quellen nud Literatur des Kanonischen Rechts; der erste Band, welcher unsere Epoche behandelt, erschien 1875; das Werk ist selbstverständlich für die Glosse auch zum Corpus juris civilis außerordentlich wichtig.

von Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 88 fg. und 102 fg. (1880); knappe, übersichtliche, lichtvolle und tief eindringende Schilderung der wissenschaftlichen Richtung und Bedeutung der Glossatorenschule.

Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. 3, Die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland (Berlin 1881), S. 186—350; die staatsrechtliche Theorie der Glosse, ihre Ansicht vom Verhältnisse zwischen Kaiser und Papst und ihre Corporationslehre werden in meisterhafter Weise erörtert.

C. Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen. Ein Beitrag zur innern Geschichte der Reception des Römischen Rechts in Deutschland (Rostock 1882). Mit dem Versuche, den Entwickelungsgang der Lehre von der Klagbarkeit formloser Verträge nachzuweisen, verbinden sich weitergehende Betrachtungen.

Lazzaro Sanguinetti, Accursio, Cenni storico-biografici (Monti 1882); wegen dieses Schriftchens und der einschlägigen modernen italienischen Literatur überhaupt s. meine Recension: Beiträge aus Italien und Frankreich zur Rechtsgeschichte Italiens in der Zeit von der Blüte des Longobardischen Rechts bis zum Ende der Postglossatorenschule. (In der „Kritischen Vierteljahrsschrift“ Neue Folge Bd. VI, Heft 2, S. 161 fg.).

Monographien über einzelne Theile des Römischen Rechts, welche allgemein Interessantes über die Glosse nicht bieten, aber in ihrem dogmen-historischen Theile die Lehre der Glosse den gerade behandelten Rechtsstoff betreffend berühren, gelangen so weit an geeigneter Stelle zur Angabe und Verwerthung, als sie in die Lehre vom Eigenthum einschlägig sind; sie alle hier schon aufzuzählen erschien weder nöthig noch angemessen.

Abhandlungen, welche Einleitungen zu Ausgaben von Werken aus der Glossatorenzeit bilden, werden in dem der Besprechung der „Benutzten Ausgaben“ gewidmeten Abschnitte des ersten Theiles mit erörtert.

---

# Inhalt.



## Erster Theil.

## Vorbereitende Erörterungen.

### I. Historische Uebersicht.

## II. Benutzte Ausgaben.



---

## Zweiter Theil.

# Die Lehre der Glosse vom Eigenthum.

## I. Begriff des jus in re.



## II. Begriff des Eigenthums.



## III. Erwerb des Eigenthums.

---

## Erster Theil.

# Vorbereitende Erörterungen.

## I. Historische Uebersicht.

### §. 1.

### 1. Von der Römischen Rechtsschule zur Zeit Justinian's bis zum Beginn der Glossatorenschule.

Eine der dunkelsten und schwierigsten Perioden der abendländischen Rechtsgeschichte ist diejenige Italiens von der Eroberung durch die Longobarden an bis zur Entstehung jener Schule des Römischen Rechts, welche von 1100 bis 1250 geblüht hat und allgemein unter dem Namen der Glossatorenschule bekannt ist. Wir wissen, daß Justinian in der kurzen Zeit, während welcher er das den Gothen entrissene Italien beherrschte, auch in dieses die von ihm zusammengestellten Gesetzbücher eingeführt hat; wir wissen, daß zu dieser Zeit noch eine Rechtsschule in Rom bestand[1]; von da ab aber gähnt eine weite Kluft in unsern sichern Kenntnissen.

Der erste, welcher den Versuch wagte, dieselbe auszufüllen, war Savigny (s. dessen „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter", Bd. 1 und 2.) Zunächst hob er hervor, daß keineswegs, wie man bis dahin glaubte, das Römische Recht bis auf

[1] Justinian's Const. Omnem ad Antecessores, §. 7 sowie cap. 22 der Pragmatica Sanctio bezeugen dies; vgl. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, I, §. 133.

die Zeiten der Glossatoren ganz in Vergessenheit gerathen sei, daß sich vielmehr eine, wenn auch noch so geringe Kenntniß desselben stets in Frankreich und besonders in Italien erhalten habe. Der große Aufschwung des Städtewesens in Oberitalien, die Freiheitsbestrebungen, welche mit dem 12. Jahrhundert zum Durchbruch gelangten, sollen dann in Verbindung mit der Fülle der Entfaltung von Macht und Reichthum die Veranlassung zu einer neuen Entwickelung, derjenigen der Glossatorenschule, geboten haben. Eins bleibt jedoch hierbei unerklärt: wie so die Glossatorenschule, welche doch nur ganz spärliche und fast verwilderte Rechtskenntnisse vorgefunden haben soll, sofort schon in ihrem Beginne eine so durchdringende Herrschaft über die ungeheuere, bis dahin scheinbar ganz unzugängliche Masse des Römischen Rechtsstoffes gewinnen konnte. Hier liegt eben das Problem; es handelt sich darum, die Anfänge einer Wissenschaft zu finden, welche auf der ersten Stufe, auf welcher wir ihr in der rechtlichen Literärgeschichte begegnen, schon als außerordentlich vollkommen, fast als fertig erscheint: denn daran, daß eine derartige Höhe ohne vorheriges langsames Aufsteigen erreicht worden sein könnte, sind wir heute nicht mehr im Stande zu glauben.[1] Was Savigny, von den politischen und ökonomischen Verhältnissen Italiens ausgehend, zur Erklärung beibringt, ist gewiß beachtenswerth; solche Umstände geben einen günstigen Boden; damit aber derselbe eine Pflanze hervorbringe, bedarf es vor allem des Keimes.

So ist denn heute wol nur Eine Stimme darüber, daß das von Savigny Gebotene nicht genügt. Das bedeutende Verdienst, dies scharf hervorgehoben und zugleich die Wege gewiesen zu

---

[1] Früher hat man sich wol damit geholfen, daß man annahm, Irnerius, der Stifter der Glossatorenschule, habe Rechtsstudien in Byzanz gemacht; Bach will sogar in der Lehre der Glossatoren manche aus Byzanz stammende Irrthümer erkennen und führt solcher wirklich zwei als Beispiele an (Bach, Historia jurisprudentiae Romanae [Leipzig 1775], S. 677, lib. IV, cap. II, sect. III, §. 1); doch findet diese Hypothese von des Irnerius Aufenthalt in Konstantinopel keinerlei historische Beglaubigung. Vgl. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, 24, Note g.

haben, welche besser zum Ziele schienen führen zu müssen, darf Stintzing in Anspruch nehmen. In seiner „Geschichte der populären Literatur des Römisch-kanonischen Rechtes in Deutschland", S. 90 fg., hat er das Programm für alle seither auf diesem Gebiete der Rechtsgeschichte gemachten Studien aufgestellt, indem er dort zugleich darauf hinweist, welch reiche Ausbeute durch Benutzung der Vorbononiensischen Römisch-rechtlichen Literatur noch zu gewinnen sei, und wie auch der Zusammenhang mit dem Lombardischen Recht in den Kreis der Untersuchungen gezogen werden müsse. Einzelnes Derartiges hat Stintzing selbst näher ausgeführt; die von ihm gebahnten Pfade sind dann aber hauptsächlich von zwei jüngern Schriftstellern beschritten worden, von Fitting und Ficker.

Der erstere, Fitting[1], geht aus von der Ort- und Zeitbestimmung, welche er auf Grund tief eindringender rechtsvergleichender Studien mit großer Sicherheit für zwei alte, uns überkommene Denkmäler der Rechtsauffassung, wie sie vor der Glossatorenzeit üblich war, glaubt geben zu können. Das erstere, die sogenannte Turiner Institutionenglosse, ist nach ihm zu Rom in der Mitte des 6. Jahrhunderts entstanden; das zweite, der sogenannte Brachylogus, ebendort um das Jahr 1000. Weiter deducirt er aus dem Charakter, der Auffassung, der Gestalt und dem Zusammenhange jener beiden Werke, daß beide ihre Entstehung auf einer Rechtsschule genommen haben müssen; daß beide sich sogar als derselben Rechtsschule angehörig erweisen; und daß schließlich das ältere, die Institutionenglosse, deutlich auf Verbindung mit einer Vorjustinianeischen Römischen Rechtsschule hindeutet. Demnach hätte diese Rechtsschule, nachdem sie sich mühsam[2] das Justinianeische Recht angeeignet hätte, fortbestanden bis über das

[1] Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse und den sogenannten Brachylogus (Halle 1870); vgl. auch Fitting, Das Castrense peculium, §. 74, S. 524—528.

[2] Die Turiner Institutionenglosse soll von einem Rechtsgelehrten verfaßt sein, welcher, bewandert im frühern Römischen Recht, mit dem Justinianeischen noch nicht ganz vertraut war, so daß sie gerade ein Uebergangsstadium repräsentiren würde.

Jahr 1000 hinaus; sie hätte so ständige Einrichtungen und Traditionen gehabt, daß der Brachylogus aus dem Jahre 1000 noch deutlich den ihm mit der Turiner Institutionenglosse gemeinsamen Ursprung erkennen ließe; dann sei[1] diese Schule um die Jahre 1060—70 nach Ravenna ausgewandert, und von hier aus habe sie sich zur Zeit des Irnerius, etwa um 1100, nach Bologna übertragen.

So war wenigstens die erste Darstellung, welche Fitting von der Sache gegeben hat. Inzwischen sind zwei weitere Werke von ihm erschienen, von welchen das eine[2] neue Stützen für seine Ansicht, deren freier Aufbau auf zwei um 450 Jahre auseinanderliegende Pfeiler allerdings schwindelerregend war, beibringt, das andere[3] aber einen eben jener Hauptpfeiler wieder wegräumt: nach diesem letztern ist Fitting nämlich nunmehr zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Brachylogus in Frankreich, und zwar wahrscheinlich in Orléans, entstanden ist.[4] Ob Verfasser schon Zweifel an seiner frühern Theorie über die römische Heimat des Brachylogus zu derjenigen Zeit hegte, als er seine „Juristischen Schriften des frühern Mittelalters" herausgab, ist aus dieser Schrift nicht klar zu entnehmen[5]; das ist sicher, daß er seine Ansicht von

---

[1] Hier wird nunmehr die bekannte Erzählung des Odofredus von der Wanderung einer Rechtsschule von Rom nach Ravenna, von Ravenna nach Bologna benutzt; s. Fitting a. a. O.; kurz zusammengestellt bei demselben Castr. pec., S. 525. Vgl. Savigny, Geschichte, III, 428.

[2] Juristische Schriften des frühern Mittelalters (Halle 1876); s. dazu Bruns, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XIII, 105—120, sowie Mommsen, ebendort S. 196—204.

[3] Ueber die Heimat und das Alter des sogenannten Brachylogus (Berlin und Leipzig 1880).

[4] Ueber die Heimat u. s. w. S. 22. Infolge dieser Schrift ist die Widerlegung, welche Ficker (Ueber die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus juris civilis, Sitzungsberichte der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien (1871), Philosophisch-historische Klasse, S. 581—644) der frühern Meinung Fitting's über die Heimat und die Entstehungszeit des Brachylogus zutheil werden läßt, nicht mehr relevant. Ficker selbst ist der Ansicht, der Brachylogus sei gegen Ende des 11. oder Anfang des 12. Jahrhunderts in Ravenna entstanden.

[5] S. etwa Fitting, Die juristischen Schriften u. s. w., S. 112, Anm. 11.

einer sich durch das ganze Mittelalter hindurchziehenden, gleichartig schulmäßigen Bearbeitung des Römischen Rechts, an welche dann die Glossatoren nur angeknüpft hätten, in diesem Werke zwar im allgemeinen aufrecht erhält, auch mannichfach weiter begründet, aber doch nicht mehr mit jener concreten Genauigkeit und hohen Bestimmtheit von der Blüte einer speciell Römischen Schule, welche dann über Ravenna nach Bologna gelangt wäre, redet. Seine Lehre kann daher auch in der Gestalt, welche ihr die Schrift von 1876 gegeben hat, der Stütze, welche sie in einer Römischen Heimat des Brachylogus finden würde, sehr wohl entbehren und wird demgemäß durch die Resultate der Schrift von 1880 nicht weiter erschüttert.

Alle diese Ausführungen Fitting's culminiren nun in dem Versuch, die Continuität der Rechtsentwickelung zwischen jener vorbononiensischen Literatur, mit welcher er sich hauptsächlich beschäftigt, und den Glossatoren darzuthun; es kommt darauf an, Spuren in den Werken der letztern zu finden, welche bezeugen, daß sie die frühern Schriften über Römisches Recht kannten und benutzten. Weniger gelungen scheint in dieser Beziehung die Zusammenstellung, welche Fitting „Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse" u. s. w., S. 73 fg., gibt. Die Uebereinstimmung zwischen Brachylogus II, 9, 10 und Richardus Anglicus, einem spätern Processualisten und Kanonisten, beweist doch nichts dem gegenüber, daß die eigentlichen Glossatoren gerade entgegengesetzt denken; ferner soll von der Brachylogus II, 34 vorgetragenen Lehre bei den Glossatoren noch ein ganzes Stück übrig sein: aber auch bezüglich dieses ließe sich wol mit Recht bezweifeln, ob es wirklich die zu der Zeit der vier Doctoren herrschende Lehre repräsentirt; zwischen der Glosse und Brachylogus III, 13, §. 4 und 7 ist allerdings die Aehnlichkeit nicht zu verkennen. Auch das, was Fitting, Castrense peculium, S. 526—527, bemerkt, scheint nicht ganz concludent; gewiß würde man ihm auf dem Boden einer ihm so ganz besonders vertrauten Materie zu widersprechen nicht wagen, wenn er sich nicht selbst, s. ebendort S. 545, Z. 12 fg., widerspräche. — Ueberzeugend sind dagegen die Beispiele, welche Fitting für einen dogmatischen Zusammen-

hang der Literatur vor und nach Irnerius beibringt in seinen „Juristischen Schriften" u. s. w. S. 37, 62, 73, 75, 97, 107, 108 fg., und auch sonst noch häufig; sollte selbst diese oder jene Einzelheit[1] hier wegfallen, so bliebe doch das Ganze sicher und fest, und bei der Darstellung der Lehre vom Eigenthum nach der Theorie der Glosse wird sich denn wol hin und wieder Gelegenheit finden, einige weitere Belege für die Benutzung der vorbononiensischen Rechtsquellen durch die Glossatoren beizubringen.

Ist sonach ein Zusammenhang der Literatur vor und nach Irnerius als vorhanden anzunehmen, so fragt sich nun noch, welch näheres Verhältniß denn dabei obgewaltet habe. Die Stellung, welche Fitting der vorbononiensischen Rechtsschule anweist, ist eine sehr hohe; er rühmt besonders ihre Gewandtheit im Definiren, das Knappe des Ausdrucks, die speciell für Lehrbücher vorzügliche Weise der Darstellung und Anordnung; ja, Fitting ist geneigt, diese vor-Irnerische Literatur als „geschmackvoller, klarer und sogar gründlicher" denn die Leistungen der Glossatoren anzusehen[2], wonach auch der Charakter der Glossatorenschule selbst für Fitting der ist, daß sie von Irnerius und den vier Doctoren ab in einem stetigen Sinken begriffen wäre, je weiter sie sich eben von der vorbononiensischen Tradition entfernte.[3] Hiergegen muß denn doch Einspruch erhoben werden; so sehr die Bedeutung anzuerkennen ist, welche jenen alten Abhandlungen, Lehrbüchern und lexikographischen Werken dogmatisch wie rechtshistorisch zukommt: so wenig darf doch vergessen werden, daß wir erst mit der Glossatorenzeit in eine Epoche selbständiger Quellenforschung und reger, freier juristischer Thätigkeit treten. All jene frühern Schriften sind weiter nichts[4] als Reste alter

[1] Nur gegen solche Einzelheiten scheinen gerichtet die Einwürfe, welche Cohn in der Vorrede zu dem von ihm herausgegebenen „Florentiner Rechtsbuch" (Berlin 1882) — es wird auf dieses Werk noch zurückzukommen sein — S. XXVIII erhebt.

[2] Fitting, Juristische Schriften, S. 75 und 109.

[3] Ebendas., a. a. O. und S. 113.

[4] Fitting selbst leugnet dies am wenigsten; vielmehr kann ich mich gerade auf seine Ausführungen beziehen, s. z. B. Juristische Schriften, S. 107.

traditioneller Weisheit, immer wieder mit demselben Inhalt, denselben Erklärungen und denselben Ausdrücken in nur ganz unbedeutend veränderter Form niedergeschrieben. Ein Geschlecht überliefert dem andern, was sich an Rechtskenntniß aus der guten Zeit der Römischen Schule, etwa seit Justinian, erhalten hatte, ohne an Rechtserkenntniß etwas zuzuthun; höchstens ballt sich mit den Jahren etwas mehr Rechtsstoff zusammen; nirgendwo aber ist eine Spur eigenen Schaffens oder gar der Vertiefung in die Quellen bemerkbar.

Dem gegenüber ist der Fortschritt zur Zeit der Glossatoren doch ein unverkennbarer.[1] Jetzt werden die Römischen Rechtsbücher durchwühlt, die einzelnen Stellen werden interpretirt und einander entgegengesetzt, das Recht ist nicht mehr eine zähe, leblose, aus allgemeinen Regeln und Definitionen zusammengesetzte Masse, sondern es kommt in dasselbe hinein das Leben einer gesunden Casuistik, die Rücksicht auf die Uebereinstimmung einer Lehre in allen ihren Consequenzen und Details mit den concreten besondern leges, Hand in Hand damit gehen eifriger Forschungstrieb des Einzelnen und das Bewußtsein gemeinsamen Strebens zur Förderung der Rechtswissenschaft unter der Gesammtheit. Insofern kann noch immer das Aufblühen der Glossatorenschule als das Aufwachen des Römischen Rechts, wenn auch nicht aus einem Todesschlafe, so denn doch aus einer Todesstarre angesehen werden.

Freilich nimmt auch Fitting an[2], daß mit dem Auftreten der Glossatoren ein neuer Abschnitt in der Rechtsgeschichte beginnt; dieser Abschnitt ist aber doch ein so scharfer[3], einschneidender, daß eine Erklärung des gewaltigen Unterschiedes zwischen den Glossa-

---

[1] Derselbe wird sehr schön geschildert von Bruns, S. 115. Charakteristisch dafür, daß wir uns seit etwa 1100 in ganz anderer Luft bewegen, ist es auch, daß gleichzeitig jene merkwürdige ältere Art der Literatur, das systematisch-compilirende Lehrbuch, fast ganz verschwindet.

[2] Juristische Schriften, S. 113.

[3] So urtheilt mit Recht auch Stintzing, Geschichte der populären Literatur, S. 91.

toren und ihren Vorgängern mit dem Bisherigen noch nicht genügend gegeben erscheint. Fitting hat nachgewiesen, daß die Glossatoren schon eine Tradition für die Behandlung des Römischen Rechts vorfanden, und daß sie diese Tradition auch haben auf sich wirken lassen; er hat damit erklärt, wieso man zur Beherrschung des Rechtsstoffes binnen so kurzer Zeit vordringen, und besonders auch, wieso überhaupt in einer derartig an dem Hergebrachten hängenden Zeit das Studium des Römischen Rechts so viel geistige Kräfte an sich ziehen konnte; nicht begründet scheint aber auch nach seinem neuesten Werke noch zu bleiben, wieso und weshalb das Studium des Römischen Rechts nun auf einmal ganz andere Formen annimmt und ganz verschiedene Bahnen einschlägt, während die bisherige Methode der Rechtsbehandlung wenigstens innerhalb der Glossatorenschule zurücktritt: womit denn Neuerungen in manchen Aeußerlichkeiten, wie z. B. in der Citirmethode, sich verbinden.

Hier kommt uns ein anderer Schriftsteller zu Hülfe. Ficker[1] hat, obgleich er durchaus nicht e professo über die uns hier beschäftigende Materie handelt, bei Gelegenheit weitergehender Erörterungen eine aus vielen kleinen Zügen zusammengesetzte, aber ein ganz anschauliches Gesammtbild ergebende Darstellung davon entworfen, wie er sich die Entstehung der Bolognesischen Schule denkt. Obgleich, wie er selbst am wenigsten verkennt, manche seiner Schlüsse noch recht gewagt, manche Einzelheiten etwas stark ausgebeutet sein mögen, scheint doch häufig von ihm das Richtige getroffen zu sein. Ficker geht aus von der Entwickelung des Longobardischen Rechts. Er nimmt hauptsächlich drei longobardische Rechtsschulen an: das als solche altbekannte Pavia; das nach seiner Ansicht etwas später aufblühende Verona; und schließlich Nonantula. Die beiden erstern Stellen betrachtet er als Pflegstätten des reinen Longobardischen Rechts, wobei er ausführt, daß man dort nur sehr geringe und oberflächliche Kenntniß vom Römischen Recht gehabt habe; Nonantula soll die

[1] Zur Italienischen Reichs- und Rechtsgeschichte, Bd. III (Innsbruck 1870), hauptsächlich S. 1—189.

Hauptrolle bei Vermittelung zwischen Longobardischem und Römischem Recht, mit stets zunehmender Uebermacht des letztern, gespielt haben. Veranlassung zu einer solchen Beeinflussung des einen Rechts durch das andere aber habe gegeben die Vereinigung eines Theils der Romagna mit dem lombardischen Tuscien unter der Markgräfin Mathilde. In der Romagna waren die Longobarden nie zur vollen Herrschaft gelangt; hier hatten sich römische Sitten, Einrichtungen und Rechtsgebräuche erhalten; das Römische Recht war fast wie ein Territorialrecht gültig, da nur wenige Longobarden dort wohnten, und hatte daher dort auch, wie schon Savigny bemerkt hat, sich besondere Frische bewahrt; hauptsächlich die Gerichtsverfassung war noch durchweg römisch, römisch war sehr vielfach auch der Proceß: demnach fanden sich dort mancherlei Anknüpfungspunkte für ein weitergehendes Studium des Römischen Rechts vor. Ein nach Neuerungen strebendes, der Berufung auf geschriebene Gesetzesstellen im einzelnen Falle bedürftiges Element bildeten aber die scholastici oder causidici, welche ähnlich den römischen advocati — eine Bezeichnung, welche sie später auch annahmen — den Parteien bei Gericht beistanden und den mehr am Herkommen hängenden alten Richtern gegenüber die Tendenz zum Fortschritt repräsentirten. Richter und causidici nun geriethen durch die Verbindung mit Tuscien in Berührung mit dem damals wissenschaftlich ausgebildeten Longobardischen Recht, und so kamen sie dazu, die für das Studium und die Interpretation dieses letztern bis dahin befolgte Methode auf das Römische Recht anzuwenden. Dieses aber zeigte sich für eine solche Behandlung so dankbar, es entfaltete infolge derselben so rasch die ganze in ihm liegende Pracht und Herrlichkeit, daß es das Longobardische Recht bald weit überflügelt hatte; während wir lange Zeit als Richter der Markgräfin Mathilde nur Rechtsgelehrte aus Nonantula oder dessen Umgebung treffen, werden dieselben nach und nach durch Romagnolen ersetzt. Die erste Spur hiervon steht in Verbindung mit dem Namen des Pepo, welcher 1076 als Beisitzer in einem tuscischen Gericht genannt wird und zweifellos derselbe ist, welchen Odofredus als den ersten Lehrer des Rechts in Bologna bezeichnet. Zum Siege

aber kam diese Richtung mit Aufnahme späterer Romagnolen[1] unter die Richter der Mathilde; zu denselben gehört außer Lambert, Albert und Gidezone von Bologna auch Warnerius, d. i. der unter dem Namen Irnerius berühmt gewordene sogenannte „Stifter" der Glossatorenschule. Indem dieser nach dem Tode der Mathilde gar von Kaiser Heinrich V. als Hofrichter angenommen wurde, feierte das Römische Recht seinen völligen Triumph, und in diesem Sinne ist es wol berechtigt, wenn gerade an den Namen des Irnerius der Beginn einer neuen Zeit von jeher angeknüpft worden ist.[2]

Alle diese durch Benutzung und Vergleichung einer großen Zahl von Urkunden gewonnenen Annahmen werden außerordentlich bestätigt dadurch, daß wirklich die wissenschaftliche Methode der Glossatoren mit derjenigen der Lombardisten vielfach übereinstimmt. Nicht nur in solchen Aeußerlichkeiten, wie z. B. der Citirmethode[3], sondern auch in dem ganzen auf das einzelne Gesetz gerichteten Interpretationsverfahren, in der glossirenden Form, in einer Reihe von Einzelheiten[4] treffen Lombardisten und Glossatoren zusammen. Hiernach geht Ficker wol kaum zu weit, wenn er S. 142 hervorhebt, daß „die besondere Bedeutung der Schule von Bologna in ihren Anfängen dadurch bedingt war,

---

[1] Und zwar Bologneser; daher denn der Umstand, daß gerade Bologna Sitz der neuen Entwickelung wurde, gegen welche sich Ravenna sogar abgeschlossen zu haben scheint; s. Ficker, a. a. O., S. 121.

[2] Aber auch nur in diesem Sinne; als „Stifter" der Schule können wir Irnerius nicht mehr ansehen, denn dieser sein Ruf beruht darauf, daß „auch hier, wie das sonst so oft der Fall zu sein pflegt, das, was das Ergebniß einer längern Entwickelung war, später zu ausschließlich als das Werk einer einzelnen Person betrachtet wurde". Vgl. Ficker, a. a. O., S. 143.

[3] An der Aehnlichkeit zwischen Lombardisten und Glossatoren in dieser Beziehung wird doch wol festzuhalten sein, bis Fitting das, was er in „Juristische Schriften", S. 67, Anm. 5 bemerkt, näher substantiirt haben wird.

[4] Solche zählt Ficker auf a. a. O., S. 141 fg.; ich möchte noch hinzufügen die Aehnlichkeit, welche sich findet in der Art, wie in den zu Nonantula entstandenen Padolironensis einzelne Gesetze als nicht mehr zutreffend weggelassen werden — s. Ficker, a. a. O., S. 72 fg. — und der Art, wie die Glossatoren später solche Novellen, welche sie als nicht mehr recht passend erkennen, behandeln.

daß sie mit einer ausgedehnten Kenntniß der römischen Rechtsquellen, wie sie auch zu Ravenna vorhanden sein mochte, die Kenntniß der Leistungen der longobardischen Rechtskundigen verband und die Methode derselben nun auch mit Glück auf das römische Rechtsgebiet anwandte".

Wie man sieht, schließen sich die Darstellungen Ficker's und Fitting's durchaus nicht aus, obgleich beide Autoren von ganz verschiedenen Ausgangspunkten und ohne sich gegenseitig zu berücksichtigen vorgehen. Eine Combination dahin, daß der Rechtsstoff den Glossatoren von seiten der frühmittelalterlichen Wissenschaft des Römischen Rechts, die Methode und Form aber ihnen von longobardischen Rechtsgelehrten geliefert worden sei, dürfte nicht nur als möglich, sondern auch als ganz ansprechend erscheinen; manche Einzelheiten würden wol umgestaltet werden müssen, anderes bedarf noch näherer Bestimmung, besonders nachdem Fitting seine Hypothese von der Entstehung des Brachylogus in Rom zurückgezogen hat; aber im ganzen ergäbe sich so ein Resultat, welches der historischen Wahrheit wenigstens nahe kommen könnte.

## §. 2.

## 2. Vom Beginn der Glossatorenschule bis auf Accursius.[1]

Der Beginn der Glossatorenschule liegt noch, ebenso wie ihre Verknüpfung mit der vorhergehenden Zeit, im Dunkeln. Obgleich es sicher erscheint, daß schon vor Irnerius Anfänge der neuen Wissenschaft sich gezeigt haben müssen, wissen wir von solchen so gut wie nichts. Erhalten ist uns der Name des Pepo, s. oben S. 9; sonst aber ist kaum etwas Näheres anzuführen. Besonders merkwürdig ist, daß in der Glosse auf die Zeit vor Irnerius Bezügliches sich kaum findet[2], jedoch mit Ausnahme folgender

---

[1] S. Savigny, Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 3—5. Vgl. auch von Bethmann-Hollweg, Geschichte des Civilprocesses, Bd. VI, Abth. 1.

[2] Sollten nicht etwa doch die veteres praeceptores, von welchen in der Glosse des Martinus bei Savigny, Geschichte, Bd. IV, Anh. IV Nr. 29,

Stelle: Gl. Nunciari ad leg. 15 (14) D. de servitutibus urb. praed. 8, 2 trägt nämlich in ihrer ersten Hälfte (bis zu den Worten Usufructuarius ergo) die Siglen Ir. et Jo., d. h. Irnerius et Johannes Bassianus; bis dahin gibt sie also die Ansicht jener beiden, insbesondere auch des Irnerius. In dieser ersten Hälfte wird nun zunächst irgendein Versuch, die Schwierigkeit, um welche es sich gerade handelt, zu beseitigen, vorgetragen; dann heißt es: Sed haec solutio[1] antiqua falsa est, und schließlich wird dann eine andere Theorie vorgebracht. Von wem soll nun jene antiqua solutio, welche schon Irnerius verwirft, herstammen, wenn nicht von solchen Romanisten, welche sich vor Irnerius ganz in der Manier der Glossatoren mit der Interpretation der Rechtsquellen beschäftigten, uns aber völlig unbekannt sind?

Weiteres über dieselben können wir jedoch auch aus Gl. Nunciari cit. nicht folgern.

Wir wenden uns deshalb sofort zu Irnerius. Dieser erscheint in öffentlichen Urkunden um den Anfang des 12. Jahrhunderts; erhalten sind uns von ihm Glossen, Notizen über verschiedene von ihm aufgestellte Lehrmeinungen, und besonders sein großes Werk, die in den Codex eingefügten Auszüge aus den Novellen, die sogenannten Authentiken.[2] — Diese Leistungen des Irnerius stehen schon auf einer außerordentlichen Höhe; ist doch gerade wegen der weitgehenden Beherrschung des Rechtsstoffes, welche behufs Abfassung der Authentiken nöthig war, oft daran gezweifelt worden, daß dieselben von Irnerius herrühren könnten. Die meisten der Glossen, welche wir von ihm besitzen, sind freilich nur ganz kurze, grammatikalische oder lexikographische Er-

die Rede ist, eher auf Lehrer vor Irnerius zu beziehen sein, als, wie Savigny (IV, §. 27, S. 73) annimmt, auf solche zwischen Irnerius und Martinus? Letztere hätte Martinus doch wol kaum „veteres“ genannt.

[1] „Solutio“ ist der technische Ausdruck für solche Erklärungen, welche einen scheinbar aus zwei Quellenstellen sich ergebenden Widerspruch entfernen.

[2] Es wird jetzt, nach lebhaft hierüber geführtem Streit, wol als feststehend anzunehmen sein, daß nicht nur die Grundidee zu den Authentiken, sondern auch diese selbst in ihrer Mehrzahl von Irnerius herrühren; zum Abschluß nach Anzahl und Form sind sie freilich erst in der Accursischen Glosse gelangt, nachdem manches in der Zwischenzeit abgeändert und zugefügt worden sein mag. S. bei Savigny, Geschichte, IV, 42—62.

klärungen, eine längere aber, welche Roffred uns aufbewahrt hat, trägt schon ganz die classische Form der „Distinction", und zeigt ihn auch auf diesem Gebiete als Meister.[1]

Uebrigens ist es unmöglich, aus den wenigen dürftigen Notizen, welche wir besitzen, einen Rückschluß auf die Persönlichkeit des Irnerius zu machen, wie dies wol bei spätern Glossatoren thunlich sein wird. Während nämlich die Ueberlieferung von der Zeit der vier Doctoren bis auf Accursius eine merkwürdig lebhafte und ausführliche ist, während die Meinungen der verschiedenen Rechtsgelehrten von Martinus und Bulgarus bis auf Accursius uns häufig in fortlaufender Kette berichtet werden, tritt das, was von Irnerius erzählt wird, durchweg mehr als todter Schmuck und gelehrtes Beiwerk denn als lebendiges Wissen auf. Schon dies deutet darauf hin, daß zwischen Irnerius und den vier Doctoren wieder eine Continuitätslösung in unserer Tradition vorliegt. Gewöhnlich freilich finden wir die vier Doctoren als die directen Nachfolger des Irnerius bezeichnet; doch schon Savigny hat bemerkt, wie unwahrscheinlich solche directe Nachfolge sei, da Irnerius als hervorragende Persönlichkeit schon im Anfang des 12. Jahrhunderts vorkommt, die Nachrichten von den vier Doctoren aber bis weit in die zweite Hälfte des 12. Jahrhunderts hineinreichen. Man muß daher die Erzählung z. B. des Otto Morena von der Nachfolge der vier Doctoren auf Irnerius[2] in das Reich der Fabeln verweisen und annehmen, daß zwischen Irnerius und den vier Doctoren eine Spanne Zeit liegt, welche wir nicht auszufüllen wissen, wobei wol nicht gerade an eine

---

[1] Vgl. jedoch wegen dieser Distinction die kritische Bemerkung von Fitting, Juristische Schriften, S. 59, Anm. 6, welcher ich zuzustimmen nicht abgeneigt bin; schon unabhängig von Fitting waren mir ähnliche Zweifel gekommen.

[2] In derselben spielt die Hauptrolle das bekannte Distichon:

Bulgarus os aureum, Martinus copia legum,
Mens legum est Ugo, Jacobus id quod ego;

dabei ist schon die hervorragende Stellung, welche Jacobus hier einnimmt, auffällig, denn Jacobus erscheint sonst keineswegs als der bedeutendste unter den Vieren.

völlige Unterbrechung des Rechtsstudiums, aber doch vielleicht an eine kurze Epoche schwächerer Leistungen, möglicherweise infolge Mangels tüchtiger Lehrkräfte, gedacht werden mag.[1]

So ist der Anfang der Glossatorenschule ein noch nicht völlig aufgeklärter. Zunächst begegnet uns die mysteriöse Persönlichkeit des Pepo; dann treffen wir auf die schon bedeutend festere Individualität des Irnerius, welcher aber doch noch ganz vereinzelt dasteht; erst mit der Zeit der vier Doctoren beginnt die klare, ununterbrochen dahinrollende rechts- und dogmengeschichtliche Entwickelung.

Die vier Doctoren nun sind: Jacobus, Hugo, Martinus und Bulgarus. Von Jacobus wissen wir sehr wenig[2]; ebenso sind uns über Hugo nur einige, wenn auch schon mehr Notizen erhalten. Beide erscheinen nach dem über sie vorhandenen Material als die weniger bedeutenden unter den Vieren; wie sie gar das ihnen in dem oben (S. 13, Anm. 2) citirten Distichon gespendete Lob verdient haben sollen, ist weder für den einen, noch für den andern abzusehen.

Einer eingehendern Betrachtung bedürfen Bulgarus und Martinus, für welche wir auch mit dem nöthigen Stoff zu einer solchen ausgestattet sind, indem ihre Ansichten fortwährend von den spätern Glossatoren angeführt werden. Beide sind ganz hervorragend bedeutende Juristen gewesen, haben sich auch im öffentlichen Leben als tüchtige Männer bethätigt und gehören zu denjenigen Persönlichkeiten, welche den Gang der wissenschaftlichen Entwickelung auf lange Zeit hinaus durch ihre Richtung und ihren Geist bestimmen. Wir treffen beider Namen außerordentlich häufig in der Accursischen Glosse, auf welche besonders Bulgarus, sei es direct, sei es indirect durch Azo hindurch,

[1] Vgl. auch Hänel in der Einleitung zu seiner Ausgabe der Dissensiones dominorum, S. XXIV.

[2] Wenck, Magister Vacurius, S. 159, 160, scheint recht geneigt, ihn ziemlich hoch zu stellen, gestützt besonders auf die Rolle, welche er in der Controversensammlung des Rogerius spiele; ich kann dem nicht beistimmen. Vgl. auch Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, 72, und Hänel, Vorrede zu seiner Ausgabe der Dissensiones dominorum, S. XXIII.

von größtem Einfluß gewesen ist. Gemeinsam ist ihnen eindringende Kenntniß der Quellen; das Streben, durch Verbindung ähnlicher und Vergleichung entgegenstehender Gesetze zu sichern Resultaten vorzudringen; und die knappe, durch den Gebrauch der lediglich glossirenden Form bedingte Ausdrucksweise.[1]

Martinus hat eine besondere Vorliebe für diejenigen Interpretationen und Theorien, welche der aequitas entsprechen; er nimmt dabei das Wort aequitas in einem recht weiten Sinne und hat sich durch den Eifer, mit welchem er so bisweilen einem reinen Schemen nachjagt, oft genug geschadet; auch pflegen ihm die spätern Glossatoren aus diesem seinem Verhalten einen Vorwurf zu machen. So will Martinus das Privilegium des Regenten und Fiscus, welche, wenn sie selbst ihnen nicht gehörige Sachen veräußern, Eigenthum übertragen, nur für den Fall ihrer bona fides gelten lassen, während die Quellen von einer derartigen Beschränkung nichts wissen; (s. bei Hänel, Diss. dom., S. 57, Vet. Coll., §. 71). Ferner ließ er bei missio e secundo decreto den in den Besitz Gewiesenen nicht Eigenthümer werden (s. Hänel, Diss. dom., S. 16 und Gl. Servata ad leg. 2 i. f. C. ubi in rem. 3, 19). Daß Martinus die Frau als Eigenthümerin der Dotalsachen betrachtet wissen wollte, bezeugt außer vielen andern Stellen Gl. Naturali jure ad leg. 30 C. de jure dotium 5, 12. Weiterhin nahm Martinus an, daß die Litiscontestation seit l. 2 C. de an. exc. 7, 40 den Gang der Usukapion unterbreche (s. Hänel, Diss. dom. S. 420 und 521). So könnten noch mehrere Fälle angeführt werden; es genüge aber schließlich hervorzuheben, wie Martinus seinen Billigkeitsgefühlen ganz besonders freien Lauf gelassen hat bei der Lehre vom Ersatz für solche Gegenstände, welche ohne den Willen des Eigenthümers durch Verbindung, Accession oder dergleichen mehr in das Eigenthum eines andern übergegangen sind: er gab nämlich dem frühern Herrn stets in solchen Fällen die actio in rem utilis, also eine dingliche Klage, wo doch äußerstenfalls nur von einer persönlichen

[1] S. bei Savigny, Bd. IV, Anh. III (Glossen des Bulgarus) und Anh. IV (Glossen des Martinus).

die Rede sein kann. (S. Gl. Dabant ad leg. 5, §. 3. D. de rei vind. 6, 1; Gl. Commutatur ad §. 31 J. h. t. 2, 1; Hänel, Diss. dom. S. 519—520). Ebenso stattete er denjenigen, welcher mala fide auf fremdem Grund und Boden inädificirt hatte, mit einer actio utilis auf Ersatz aus (s. Gl. Aedificaverit ad §. 31 J. h. t. 2, 1); und gab schließlich nicht nur dem bonae fidei, sondern sogar dem malae fidei possessor eine selbständige Klage auf Ersatz des von ihm auf die Sache gemachten Aufwandes, während es bekanntlich äußerst zweifelhaft ist, ob auch nur dem gutgläubigen ein derartiges Klagerecht gebührt; s. die citirte Glosse Inaedificaverit.

Bei fast allen derartigen Fällen steht auf der derjenigen des Martinus entgegengesetzten Seite Bulgarus. Die scharfe Art und Weise, wie dieser den jedesmaligen Inhalt der Quelle analysirt, keinen Schritt weitergeht als sie und mit kühler Besonnenheit sich dem freiern Verfahren des Martinus entgegenstellt, charakterisiren ihn als einen im besten Sinne des Wortes conservativen Juristen. Wenn ihm eine Regel des Rechts nicht mit derjenigen der Moral zusammenzufallen schien, so suchte er nicht etwa jene zu ändern, sondern lehrte nach jener, lebte nach dieser, wie die häufig erzählte Geschichte beweist, wie er einen im Netz gefangenen Eber auffand. Nach seiner eigenen Theorie hätte er denselben occupiren können, er hielt dies aber für nicht ganz ehrenhaft und unterließ es deshalb. Es werden noch mehrere, für seine Charakterfestigkeit ebenso charakteristische Anekdoten von ihm erzählt; besonders spielt er auch die mannhaftere Rolle bei dem bekannten Histörchen von der Frage des Kaisers an Martinus und Bulgarus, zwischen welchen er spazieren ritt, danach, ob der Kaiser wirklich dominus totius mundi auch quoad proprietatem sei (s. Savigny, Geschichte, IV, 180 fg.).

Bei dem so allerdings unzweifelhaft zwischen Bulgarus und Martinus bestehenden Gegensatz ist es nicht zu verwundern, daß man sie früher geradezu als Häupter zweier entgegengesetzten Schulen, „Juristensekten“, betrachtet hat; sie selbst seien sich feindlich gesinnt gewesen, ihre Schüler hätten dann die Gegnerschaft fortgesetzt, und so hätten sich die Glossatoren in zwei Par-

teien, die Bulgariani und Gosiani[1], gespalten: ganz analog wie in der römischen Jurisprudenz die Sekten des Capito und des Labeo sich gegenübergestanden haben sollen; bis dann Accursius bei den Glossatoren durch Abfassung der glossa ordinaria, wie Julianus bei den Römern durch Abfassung des edictum perpetuum, von beiden Richtungen das Gute nehmend, einer Mittelmeinung und mit derselben der Verschmelzung der beiden Schulen zum Siege verholfen habe. Was sich hier bei völlig principieller Durchführung dieser Sätze leisten ließ, hat unter andern Brunquellus klar bewiesen. Dieser gibt[2], nachdem er nicht verfehlt, zuerst zum Vergleiche die römischen Juristen von Augustus bis Hadrianus anzuziehen, eine vollständige Tabelle[3] der beiden Schulen, sucht dann dem Charakter der Differenzen zufolge darzuthun, wie diese beiden „Sekten“ sich völlig parallel zu den Sabinianern und Prokulianern verhalten hätten, und erörtert schließlich eine Reihe juristischer Fragen, welche zwischen den beiden Schulen streitig gewesen sein sollen. — Von einer derartigen Auffassung, einer förmlichen Gegnerschaft zwischen Bul-

[1] Von Gosia, dem Beinamen des Martinus.

[2] In seiner Prolusio de Sectis et Controversiis juris Justinianei Interpretum, quos glossatores appellamus; (in seinen gesammelten opuscula, Bd. 1, Nr. VIII).

[3] Dieselbe ist folgende, s. a. a. O., §. V:

Irnerius.

| | |
|---|---|
| Martinus Gosia,<br>ab hoc Gosiani.<br>Placentinus.<br><br>Albericus a Porta Ravennate.<br><br>Pyleus. | Bulgarus<br>ab hoc Bulgariani.<br>Joannes Bassianus,<br>hujus discipuli:<br>Nicolaus Furiosus<br>Bagarottus,<br>Lotharius Cremonensis,<br>Azo,<br>hujus discipuli:<br>Homobonus Hostiensis,<br>Roffredus Beneventanus,<br>Jacobus Balduinus,<br>Odofredus etc. |

Franciscus Accursius.

garus und Martinus, sowie einer geradezu schulmäßigen Sonderung ihrer Nachfolger kann nun wol heutzutage nicht mehr die Rede sein; ein Kern von Wahrheit steckt aber doch in den fraglichen Angaben.[1] Wir werden häufig noch Bulgarus und Martinus auf verschiedenen Seiten treffen, wie denn diese ihre entgegengesetzte Stellung für einige Punkte schon hervorgehoben worden ist; auch werden wir auf der Seite eines jeden der beiden Gelehrten besondere Namen besonders häufig finden, sodaß sich allerdings ganz bestimmte Namensketten werden bilden lassen; ja, die von Brunquell aufgestellte Tabelle bietet sogar eine vielfach richtige Anordnung. Auf all dies wird an anderer Stelle gelegentlich zurückgekommen werden[2]; nur das sei vorweg bemerkt, daß wol das Verfehlteste bei Brunquell ist, Franciscus Accursius die Rolle der alten sogenannten herciscundi spielen zu lassen[3], während doch, wenn man einmal von Parteien reden will, Accursius ganz entschieden einer derselben (derjenigen des Bulgarus) zugehört.[4]

Auf die vier Doctoren folgen Rogerius und dessen Zeitgenossen.[5] Rogerius blühte um das Jahr 1162. Von ihm ist uns relativ viel erhalten; in der Glosse findet sich seine Sigle allerdings selten, aber einzelne Monographien aus seiner Feder sowie seine Sammlung der Dissensiones dominorum machen seinen Namen zu einem der bekanntern. Viel Originalität hat er nicht; wir finden ihn meist auf Seiten der gewöhnlichen, allgemein angenommenen Meinung, welche er ohne besondern Glanz vertritt; so bei den Fragen nach der Ersitzung titulo pro

---

[1] S. Savigny, IV, 127 und V, 245, Anm. a.

[2] S. unten Zweiter Theil, S. 202 fg.

[3] Dieser Irrthum ist so alt wie die ganze Sektengeschichte; s. Savigny, Geschichte, V, 291, §. 99, besonders Anm. a.

[4] Dagegen hätte Brunquell als Schüler und Anhänger des Martinus noch den ihm durchweg folgenden Vacarius anführen können, welcher allerdings sonst eine ganz eigenartige Stellung unter den Glossatoren einnimmt; s. Wenck, Magister Vacarius, S. 152 und sehr häufig im Anhange.

[5] Albericus, Aldricus, Wilhelmus de Cabriano, Odricus; auf diese hier, wo es sich nur um eine kurze Uebersicht handelt, näher einzugehen, dürfte überflüssig sein; sie alle sind Männer von geringerer Bedeutung.

herede und nach der Accessionsqualität des Gemäldes im Verhältniß zur Tafel; gerade so zeigt er sich in seiner Abhandlung über die Präscriptionen; im ganzen erscheint er demnach mehr als ein Gelehrter zweiten Ranges. Seine besondere historische Bestimmung ist es gewesen, indem er die verschiedenen Meinungen seiner großen Vorgänger sichtete und sammelte, die Verbindung zwischen diesen und den nunmehr folgenden Heroen der Wissenschaft lebhaft zu erhalten.

Die Glossatorenschule erreicht nämlich nunmehr ihren Glanz- und Höhepunkt mit Placentinus, Johannes Bassianus und Azo.

Die beiden erstern sind Zeitgenossen, vielleicht ist aber Placentinus, welcher 1192 starb, etwas älter als Johannes. Placentinus ist unter den Glossatoren eine der individuellsten und markantesten Erscheinungen. Außerordentlich begabt, gewohnt, die Dinge mit raschem Blick zu übersehen, wie seine Codex-Summe beweist, ist er ein feiner, logischer Kopf, Dialektiker durch und durch und häufig geradezu kühner Denker; bisweilen läßt er sich sogar eben durch die Kühnheit seines Geistes von den ganz sichern Pfaden abziehen. Er behagt sich hauptsächlich auf den abstractern Gebieten, welche die Glossatoren sonst nicht gern betreten; so versucht er eine ganz besondere Construction des Verhältnisses zwischen Obligation, Recht und Klage, (s. Gl. Actio autem ad pr. J. de actionibus 4, 6), womit denn seine eigenthümliche Lehre von der Klageconsumption Hand in Hand geht, (s. ebendort). Auch genügen ihm weder die gewöhnlichen Definitionen von Eigenthum, noch die allgemeine Lehre vom Verhältniß desselben zu den seine Bestandtheile bildenden Rechten, s. Gl. Servitutis ad leg. 25 pr. D. de V. S. 50, 16, wo er die dialektischen Regeln über die verschiedenen Arten des „Theils" mit besonderer Gewandtheit handhabt. Er ist es ferner, welcher über die vitia, quae impediunt usucapionem, eine besondere, von allgemeinern Gesichtspunkten ausgehende Eintheilung aufzustellen wagt, (s. seine Summa Cod. ad libr. 7, 26); ebenso ist die Mühe, welche er sich gibt, Ordnung in die Begriffe von res nullius, communes, civitatum, in publico usu zu bringen, bemerkenswerth, (s. Summa Institutionum ad libr. 2, 1 im Anfange). Daher kommt es schließlich,

daß es ihm zuerst unter den Glossatoren gelungen ist[1], von der glossirenden Form abzuweichen und seine Lehrmeinungen in freier, zusammenhängender Rede vorzutragen; die von ihm hierzu angewendete Form der Summa haben dann die spätern Glossatoren zu benutzen nicht verfehlt. — Daß ein solcher Mann auch manch Eigenthümliches, Verfehltes hervorgebracht haben muß, liegt in der Natur der Sache; wenn aber Accursius in seiner Glosse solche Singularia Placentini mit besonderer Vorliebe hervorhebt, dagegen über seine tüchtigen Leistungen häufig hinweggleitet, so kann diesem Verfahren der Tadel der Ungerechtigkeit nicht ganz erspart werden; einzelne Fälle der Art werden wir im zweiten Theil zu besprechen Gelegenheit haben.

Weniger bestrebt, originell zu sein, aber bestimmt ebenso bedeutend ist Johannes Bassianus. Dieser hat als Nachfolger des Bulgarus die von dem letztern herrührenden Ideen weiter ausgeführt, dieselben mit den Fortschritten der Wissenschaft in Einklang gebracht und nicht selten auch dadurch im großen und ganzen gerettet, daß er der von den Gegnern aufgestellten Meinung gewisse Concessionen machte. Die Glosse erwähnt ihn sehr häufig, nächst Azo wol am häufigsten; sonst ist uns leider nur sehr wenig von ihm erhalten. Seinem besonnenen und sichern Auftreten ist es z. B. zu verdanken, daß die aus den Quellen sich ergebende Wahrheit, daß dem bonae fidei possessor gegen den Eigenthümer keine besondere Klage auf Ersatz der Impensen zusteht, allgemeine Anerkennung gefunden hat; von ihm rührt die Stellung her, welche Accursius und seine Glosse in der Frage nach der Bedeutung des titulus putativus bei der Ersitzung einnehmen; Azo beruht fast durchweg auf ihm und kann regelmäßig auch da, wo uns die Ansicht des Johannes nicht erhalten ist, die Theorie des Azo als von jenem vorbereitet betrachtet werden.

Azo, dessen Tod meist um das Jahr 1230 gesetzt wird, ist wol der bekannteste unter sämmtlichen Glossatoren nächst Irnerius und Accursius, und sein Einfluß auf die Folgezeit kann nicht

---

[1] Versucht hatte es schon einmal Rogerius, von dessen Summa Codicis wir sogar noch Bruchtheile besitzen.

hoch genug angeschlagen werden. Seine Werke können sich rühmen, selbst außerhalb des engen Kreises derjenigen, welche sich speciell mit juristischer Literärgeschichte befassen, noch heutzutage Leser zu finden, welche sie auch nach Inhalt und Form zweifellos verdienen. Sein Verhältniß zu Johannes ist etwa dasjenige des Ulpian zu Papinian, reichere Casuistik, fließendere Darstellung, welche bisweilen schon anfängt, bedenklich in die Breite zu gehen, Fülle des Details und völliger Ausbau der verschiedenen Lehren bis in ihre Einzelheiten zeichnen ihn aus. Wie er auf Bassianus, so beruht die Glosse auf ihm; erst durch die von ihm geleistete Arbeit ist Accursius die seinige möglich geworden; denn ohne Azo's weit in die Einzelheiten vordringenden, dennoch aber durchweg das Ganze im Auge behaltenden Studien würde es Accursius sicherlich häufig an Stoff zu seiner fortlaufenden Glosse gemangelt haben; in dieser Beziehung verdient die sonst neben den Summen Azo's bisweilen etwas weniger beachtete, von demselben Gelehrten herstammende Lectura in Codicem höchste Berücksichtigung. Besondere Ansichten des Azo anzuführen ist wol überflüssig, da uns im zweiten Theil sein Name noch außerordentlich häufig begegnen wird.

Zur Zeit jener drei großen Juristen lebten noch eine Anzahl Männer, welche, wenn auch eine Stufe unter jenen stehend, doch wol den Anspruch erheben dürfen, hier eben noch genannt zu werden. Cyprianus, Otto, Lotharius, Vacarius[1], und von den spätern Jacobus Balduini, Tancredus, Bagarottus, Carolus de Tocco genügt es wol eben aufzuzählen. Bedeutender ist Pillius, welchen man oft als Schüler des Placentinus bezeichnet hat, obgleich sich hierfür kaum ein historischer Anhalt bietet; er gehört noch der besten Zeit der Glossatorenschule an[2], ist besonders bekannt durch einen von ihm herrührenden ordo judicialis, hat

[1] Dieser hat das Glück gehabt, in Wenck einen kenntnißreichen Berichterstatter über sein Leben und sein Werk zu finden; s. Wenck, Magister Vacarius.

[2] † nach 1207.

aber auch durch seine Quaestiones[1] nicht unwesentlichen Einfluß geübt. Ferner ist hervorzuheben ein Schüler des Johannes Bassianus, Hugolinus, bekannt durch seine Controversensammlung und Distinctionen, auch von Accursius vielfach beachtet; er soll der letzte gewesen sein, welcher selbständig Glossen schrieb, also der letzte eigentliche Glossator; er überlebte den Azo und starb jedenfalls erst nach 1233. Schließlich sei noch des Roffredus gedacht, welcher aber, obgleich einer der fruchtbarsten Schriftsteller seiner Zeit, uns hier weniger interessirt, weil er auf Accursius und dessen Glosse, soviel dies zu constatiren ist, kaum irgendwelchen Einfluß geübt hat[2]; er ist gestorben nach 1243 und sind bei ihm schon deutliche Spuren des beginnenden Verfalles bemerkbar.

Den Abschluß dieser ganzen Entwickelung bildet Franciscus[3] Accursius, etwa 1182—1260, gebürtig von Florenz, der Verfasser der Glossa ordinaria zu dem ganzen Corpus juris civilis. In diesem Werke ist alles zusammengefügt, was die Glossatorenschule geleistet hat, und durch dieses Werk ist uns die Summe des geistigen Strebens aller jener Männer ebenso erhalten, wie die Pandekten das Mittel geworden sind, durch welches wir die großen römischen Juristen kennen gelernt haben. Der Betrachtung der Glossa ordinaria und ihres Autors werden wir daher einen besondern Abschnitt zu widmen haben; vorher jedoch dürfte es sich empfehlen, noch einige Worte betreffs der Würdigung der Glossatorenschule im allgemeinen einzuschalten.

---

[1] Diese Quaestiones sind meist ganz vorzüglich in der kurzen Uebersicht der Gründe und Gegengründe und der präcisen, dem Einzelfall angepaßten Entscheidung. Freilich findet sich auch Bedenkliches, so Quaestio XXVII: Quia interest nostra, advocatorum partes tueri, Sejum a Bernardi petitione absolvimus: ein Ausspruch, welcher in seiner Naivität stark an eine berüchtigte Stelle des Bartolus (s. dessen Comment. in Dig. in prooemio) erinnert. Vgl. aber dagegen z. B. die Solutio in Quaestio VI, und sonst häufig.

[2] Vgl. auch Savigny, Geschichte, V, 195.

[3] Doch ist es äußerst zweifelhaft, ob er diesen Vornamen wirklich führte; entscheidende Belege dafür besitzen wir nicht, sodaß Savigny, Geschichte, V, 264, sich sogar bestimmt dagegen ausspricht.

## §. 3.

## 3. Würdigung der Leistungen der Glossatorenschule im allgemeinen.

Die wissenschaftlichen Leistungen der Glossatoren zu besprechen, ohne die Glossa ordinaria zur Hülfe zu nehmen, ist nicht wohl möglich; wohl aber kann man, mit Hülfe der Glossa ordinaria, zunächst Wesen und Richtung der Glossatorenschule im allgemeinen charakterisiren, und dann über die eigene Form, welche Accursius dem von jener Schule aufgehäuften Rechtsstoff in der Glossa ordinaria gegeben hat, besonders reden. Hier ist zuvörderst von der Glosse im allgemeinen zu handeln.[1]

I. Was zunächst den wissenschaftlichen Charakter der Periode, welcher die Glossatoren angehören, im großen und ganzen anlangt, so befinden wir uns mitten in der Zeit der Herrschaft der Scholastik. Zu den zahlreichen Worten, welche sehr häufig gebraucht werden, ohne daß sich mit denselben ein scharfer und genauer Begriff verbände, gehören wol mit am meisten die Bezeichnungen Scholastik und Dialektik. Daß jenes die Philosophie, dieses die Logik und Disputirkunst des Mittelalters sei, ist leicht gesagt, hilft uns aber nicht viel weiter; es handelt sich vielmehr darum, zu bestimmen, was denselben charakteristisch ist, was die Eigenart eben jener mittelalterlichen Denkweise ausmacht. Als allgemein anerkannte Eigenthümlichkeiten kann man zunächst nur einige negative angeben: nämlich den das ganze Mittelalter hindurch fühlbaren Mangel an Sinn für Geschichte, Naturbetrachtung und Individualität. Der Begriff, welchen sich das Mittelalter von Geschichte machte, ist exact wiedergegeben in den Chroniken, welche durchweg unsere Hauptquelle für die Geschichte des Mittelalters bilden. Trockenes, gedankenloses Aneinanderreihen von Namen, Zahlen und Thatsachen; Vermengung der größten welt-

---

[1] Vgl. die hochelegante und scharfe Darstellung, welche von der Eigenart der Glosse gibt Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 88 fg. und 102 fg.

geschichtlichen mit den kleinsten localen Ereignissen; gänzlicher Mangel an culturhistorischen und volkswirthschaftlichen Notizen: das ist die damalige Geschichtschreibung. Bekannt ist, daß diesem Zustande die Kenntnisse bezüglich früherer Geschichte entsprechen: ein Gemengsel fabelhafter Gerüchte, bekannter Namen und weniger überlieferter Thatsachen ohne historische Ordnung, ohne Kritik und Zusammenhang war alles, was selbst die Gelehrtesten zu bieten wußten.

Noch unbedeutender und geringfügiger waren die Bestrebungen nach der naturwissenschaftlichen Seite hin. Der Sinn für Beobachtung der Außendinge fehlte so vollständig, daß man, statt behufs Erkenntniß der vorhandenen Dinge sich an diese selbst zu wenden, vielmehr mit Vorliebe aus allgemeinen logischen Sentenzen darauf schloß, es müßten sich die Dinge der Außenwelt so und so verhalten, unbekümmert darum, ob die Thatsachen mit den Ergebnissen der Schlußfolgerung übereinstimmten. Man kann daher als eins der bestimmtesten Kennzeichen der Scholastik wol die Manier bezeichnen, auf Existenz und Beschaffenheit sinnlich wahrnehmbarer Naturgegenstände durch dialektisches Operiren von einem allgemeinen Satze aus zu schließen.[1]

Hand in Hand mit der geringen Kenntniß von Geschichte und Natur geht dann die völlige Gebundenheit des Individuums. Die damalige geistlose gelehrte Erziehung[2] war eine und dieselbe für jeden; durch die dürren Pfade des trivium und quadruvium[3] geleitet, in der Wissenschaft und Sitte ebenso sehr wie im Glauben in die Fesseln der strengsten Autorität geschlagen, ohne die Möglichkeit, aber auch ohne den Gedanken der Möglichkeit einer freiern Bewegung des Geistes und Gemüths, gestaltet sich der Mensch des Mittelalters zu einem durchaus gleichförmig-einseitigen Wesen[4];

---

[1] „Man folgert im System der Scholastik aus Gründen auf bloße Thatsachen", von Schulte, Geschichte der Quellen u. s. w. des Römischen Rechts, I, 95.

[2] Es ist hier selbstverständlich nur von den gelehrten Ständen die Rede.

[3] Auch in der Accursischen Glosse sind trivium und quadruvium zu finden; s. Gl. Grammatici ad §. 15 J. de excusationibus tutorum, 1, 25.

[4] „Die gleichmäßige Vorbildung, welche das Mittelalter aufweist", hat

sodaß man wol mit Recht die Renaissance ihrer Hauptsache nach als die Wiedergeburt der Persönlichkeit, der Individualität bezeichnet hat.[1]

Die Eine Seite nun, nach welcher der Mensch oder, richtiger gesagt, der Gelehrte im Mittelalter einzig hin gerichtet war, auf welche er alle seine Kraft concentrirte, und in welcher er es daher auch zu staunenswerthen Leistungen gebracht hat, diese Seite ist eben die der scholastischen Wissenschaft. Dieselbe läßt sich in positiver Richtung auf doppelte Weise kennzeichnen; erstens ist charakteristisch für sie die Vermischung theologischer und philosophischer Fragen, sowie die Herrschaft, welche hierdurch die Theologie über das ganze Gebiet des menschlichen Wissens gewinnt; dann aber in der Denkweise das rein deductive und regelmäßige logische Verfahren, welch letzteres speciell als Dialektik bezeichnet werden kann.

Darüber, wie die Verbindung von Weltlichem und Geistlichem, und hauptsächlich wie das aus jener hervorgehende Autoritätsprincip die ganze Entwickelung des Mittelalters beeinflußt haben — darüber ist schon so manches bemerkt, daß den Leser kurzer Hand etwa auf die Ausführungen bei Stintzing, a. a. O. zu verweisen genügen wird; ebendort ist auch die Einwirkung dieses Umstandes auf die Rechtswissenschaft erörtert.

Ausführlicher ist von dem zweiten Punkt zu handeln.[2] Die mittelalterliche profane Wissenschaft beruht in Wesen und Form ihres Denkens auf Aristoteles; die Geschichte der scholastischen Dialektik im Abendlande kann man geradezu als die Geschichte des Einflusses des Aristoteles bezeichnen, und daher kommen wir in jener zu einem Hauptabschnitt, welcher um 1220—50 zu legen ist: nämlich auf den Zeitpunkt, in welchem den christlichen Völkern der ganze Aristoteles bekannt wird, während sie früher

auch von Schulte, Geschichte der Quellen u. s. w., II, 468 in Bezug auf das Kanonische Recht als die Entwickelung wesentlich bedingendes Moment hervorzuheben für nöthig gehalten.

[1] S. z. B. Burkhardt, Die Cultur der Renaissance, passim.

[2] S. wegen des Folgenden durchweg Prantl, Geschichte der Logik.

blos geringe Bruchstücke des von dem großen Stagiriten aufgeführten Lehrgebäudes besaßen[1], nämlich hauptsächlich nur das sogenannte Organon, d. h. die Aristotelische Logik. Unzweifelhaft ist gerade dieses Werk aber, mag es an und für sich eine der großartigsten philosophischen Errungenschaften sein, außerordentlich gefährlich für die wissenschaftliche Entwickelung gewesen. Diese handgerecht bereitgelegten Syllogismen[2], diese strenge, knappe Form des Schließens, welche um so bequemer zu handhaben, je weniger man auf den Grund der Dinge eingeht; diese ganze formale Ausrüstung mußte in dem Moment, in welchem der tiefe Aristotelische Geist sie nicht mehr erfüllte, sich als vortreffliches Werkzeug einer oberflächlichen und äußerlichen Schlußfolgerungsweise bewähren. Nimmt man hinzu, daß der dunkle, orakelartige und schwer verständliche Stil des Autors Misverständnissen und falschen Auslegungen freien Spielraum läßt, so ist es leicht erklärlich, wenn schon in den spätern Zeiten des Alterthums von einer reinen und klaren Auffassung des Organon nicht mehr die Rede ist. In derjenigen Fassung und Deutung aber, welche das ausgehende Alterthum, besonders etwa Boethius, dem Organon gegeben hatten, überkam es das früheste Mittelalter. Daher denn die rein äußerliche, formal-logische Denkweise; indem man sich fest an die aus dem theilweise falsch verstandenen Organon gezogenen Formen band, jeden wissenschaftlichen Gedanken in Gestalt eines Syllogismus zu kleiden bemüht war, Begriffe und Kategorien möglichst genau nach dem aus dem Aristotelischen Werke hervorgewachsenen Schema zu bilden suchte, machte man freilich auf der einen Seite den großen Gewinn, durch starke Disciplinirung das völlig rohe und ungeordnete Denken in gemessene und regelrechte Bahnen zu lenken, mit bestimmten Worten bestimmte Gedanken zu verbinden, und sich so

---

[1] S. Prantl, Geschichte der Logik, III, 3, und Jourdain, Recherches critiques sur l'âge et l'origine des traductions latines d'Aristote (Paris 1843), S. 212.

[2] S. über die beim Gebrauch derselben anzuwendende Vorsicht Prantl, Geschichte der Logik, I, 306—321, besonders 311, Abs. 2.

zu einer, wenn auch noch ungefügen und ungelenken Logik durchzuarbeiten; während man auf der andern Seite nur gar zu leicht eben hierdurch die freie Entwickelung der Gedanken hemmte, bisweilen sogar die Sache selbst aus dem Auge zu verlieren und um bloße Worte zu kämpfen nicht ganz vermied.

So mochte man zu einer gewissen Klarheit in der Form und zur Beherrschung der äußern Logik durchgedrungen sein, als gegen Anfang bis Mitte des 13. Jahrhunderts aus zwei Quellen zusammen, aus arabischer und byzantinischer nämlich, das ganze philosophische Lehrgebäude des Stagiriten zur Kenntniß des christlichen Abendlandes kam. Aber auch diesmal nicht rein und unverfälscht, sondern im Gegentheil entstellt und verändert durch die Entwickelungen, welche es bei den spanischen Mauren und in Byzanz durchzumachen gehabt hatte. Erst von jetzt ab gewinnt die Scholastik einen Körper, während sie früher fast reine Form war; es beginnen die Kämpfe zwischen Realisten und Nominalisten, die Disputationen über alle möglichen primären Begriffe, wie die Concepte, die Kategorien, die Wirklichkeit und Möglichkeit u. s. w. Während diese Fragen aber hauptsächlich an den Arabismus anknüpften, übte der Byzantinismus zu gleicher Zeit eine noch gar viel schädlichere Wirkung, mit welcher die eigentliche scholastische Dialektik beginnt.[1] In Byzanz war man nämlich dazu gekommen, die Aristotelische Lehre hauptsächlich vom grammatikalischen Standpunkte aus zu einer Menge abstruser Einzellehren auszubilden, welche dann aus Psellus durch Petrus Hispanus ins Abendland drangen und hier gierig aufgegriffen wurden. Die formale Logik, welche früher immerhin achtungswerthe Dienste zur Erzielung einer gewissen wissenschaftlichen Schulung geleistet hatte, fängt nun an, sich bloßer Endzweck zu sein und zu einer Reihe von Spielereien zu verlocken; hierher gehören die consequentia, die Lehre von der suppositio und den exponibilia; später treten auf die Insolubilia, d. h. die Erörterung schwer zu

---

[1] Die Dialektik als solche, als bloße Disputirkunst, ohne schlechte Nebenbedeutung, ist natürlich gar viel älter; man nennt wol Zeno als ihren Begründer, s. Prantl, I, 9.

lösender logischer Probleme; ihren höchsten Triumph aber feiert die Dialektik in der Theorie der Obligatoria, d. h. förmlicher, weit ausgebildeter und ausgesponnener Regeln über den Disputirkampf; z. B. darüber, was man sich gegenseitig einräumen müsse und was nicht; wie man eine Zeit lang unter irgendeiner Voraussetzung vorgehen könne, um den Gegner zu widerlegen, dem aber das Recht zusteht, im geeigneten Moment diese Voraussetzung wieder aufzuheben, wofür er dann den technischen Ausdruck[1] „Cedit tempus" zu gebrauchen hat, u. s. w. Schon zur Zeit des Holkot († 1349) scheint all dies ganz ausgebildet gewesen zu sein.

Diese kurze Darstellung mag hier genügen; dieselbe erhebt Anspruch weder auf Neuheit der Gedanken noch auf Vollständigkeit; sie sollte vielmehr nur die Grundlage abgeben, um nunmehr durch Anwendung des in ihr Gesagten auf die Jurisprudenz einen Einblick in die Wirkung der Scholastik auf dieselbe, und besonders auf die Glossatoren zu gewinnen.

Was zunächst den Mangel an geschichtlichem Sinn betrifft, so ist es bekannt genug und soll denn hier auch unbedingt zugegeben werden, daß dieser Mangel bei den Glossatoren ebenso wie bei allen ihren Zeitgenossen nur zu sehr zu constatiren ist. Soweit das Recht von der Geschichte Aufklärung erhalten muß, soweit es nur durch Kenntniß derselben verstanden werden kann, soweit ist bei den Glossatoren alles dunkel. Mit dieser ihrer Schwäche hängt es denn auch zusammen, wenn sie an die Interpretation der römischen Rechtsquellen mit aller Naivetät herangingen, ohne auch nur entfernt daran zu denken, daß dieselben für ganz andere Zeiten und Verhältnisse als die ihrigen geschrieben seien. So legten sie, ohne sich einer Aenderung bewußt zu sein, jeder römisch-

---

[1] Welcher eine merkwürdige juristische Formulirung zeigt; es heißt sogar häufig cedit tempus obligationis, s. z. B. das Citat bei Prantl, IV, 53, Anm. 193. Auch sonst finden sich wol in den Schriften der Scholastiker Spuren juristischer Kenntnisse: so wurde das Institut der stipulatio speciei als Argument für den Realismus gebraucht von Walter Burleigh (Prantl, III, 301, Anm. 590), und dieser dann widerlegt von Occam (Prantl, III, 352); vgl. auch noch Prantl, III, 376 und über Buridan, IV, 15, Anm. 60.

byzantinischen Bezeichnung eines Amtes oder einer Stellung die Beziehung auf mittelalterliche Rang- und Herrschaftsverhältnisse unter, und daher ist denn ihre Lehre, soweit sie irgend staats- oder socialrechtliche Beziehungen berührt, eine von derjenigen des Römischen Rechts infolge unzähliger Misverständnisse häufig abweichende.[1] Dies ist ein für allemal hervorzuheben und demgemäß, wenn auch culturgeschichtlich gerade hier so manches höchst interessant sein mag, anzuerkennen, daß für die eigentliche Interpretation des Römischen Rechts auf derartigen Gebieten bei der Glosse wenig oder nichts zu holen ist. Dieselbe historische Naivetät der Glossatoren ist es aber auch, auf welcher ihre ganze Auffassung des Verhältnisses der römischen Rechtsquellen zu ihrer Zeit beruht. Wie sie den römischen praetor mit dem modernen Richter und den römischen eques mit dem mittelalterlichen Ritter identificiren, so betrachten sie das römische Weltreich und das mittelalterliche imperium als völlig gleichartige Institute, von welchen das eine ohne Unterbrechung an die Stelle des andern getreten ist; daher gelten die von Justinianus erlassenen Gesetze ebenso vollständig im 12. und 13. Jahrhundert wie zur Zeit des Justinianus selbst, und darum treten denn auch die Glossatoren, die gewaltige Veränderung aller Dinge, welche zwischenzeitig eingetreten, mit unglaublicher Consequenz nicht beachtend, an die Interpretation des Corpus juris

---

[1] Dasselbe gilt auch für die Postglossatoren, jedoch mit einem wesentlichen Unterschied. Die Glossatoren verstehen einfach den römischen Ausdruck falsch, halten sich aber, soweit daneben angängig, an die Quellen, welche sie unbefangen interpretiren; die Postglossatoren schieben dem Römischen Recht ihre Anschauungen unter und suchen, sei es unbewußt, sei es, wie wol häufig geschehen, tendentiös, aus den Quellen Regeln herauszufinden, welche auf die damaligen Zustände passen oder, wenn dies nicht angeht, passend gemacht werden können. Eine Reihe treffender Bemerkungen hierüber, überhaupt über das ganze Wesen der damaligen italienischen Jurisprudenz, mit besonderer Hervorhebung der praktisch wichtigen Seite dieser Vorgänge für die Entwickelung des Rechts und der Dogmen gibt Fitting, Das Castrense peculium, §§. 75—82, s. besonders S. 549, Anm. 4. Dieses Werk Fitting's verdient hier übrigens auch im allgemeinen wegen der Werthschätzung der Glosse, welche es bekundet, nachdrückliche Erwähnung; s. S. 30, Anm. 1; S. 224, Anm. 3; S. 274, Anm. 5; S. 319, Anm. 11; S. 343, Anm. 4; S. 364, Anm. 4.

mit derselben Methode heran, welche wir bei der Auslegung eines neu erlassenen Gesetzes anwenden.[1]

Neben diesen allgemeinen Folgen des Mangels an historischem Sinn und an positiven Kenntnissen laufen natürlich noch eine Menge geringerer mit demselben Mangel zusammenhängen-

---

[1] Diese letztern Sätze sind bekannt genug, um keiner weitern Ausführung zu bedürfen; s. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, a. a. O. Dagegen dürfte hier der Platz sein, einiges gegen eine Reihe von Gedanken vorzubringen, welche in einem jüngst erschienenen Werke aufgestellt werden, s. Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters (Rostock 1882). Nach Karsten sollen nämlich die Glossatoren bei ihrer Auffassung des imperium Romanum von einer „Ghibellinischen Idee" ausgegangen sein; erst von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet sollen sie verständlich werden, S. 87 fg.; jene Ghibellinische Idee habe den „einigenden Gedanken" abgegeben, „welcher die Glosse durchdringt", S. 91. Und nun bringt Karsten das Unglaubliche zu Stande, aus den mühseligen Anstrengungen, welche Placentinus und Azo es sich in ihren Summen kosten ließen, die Justinianeische Reihenfolge der Titel in irgendeinen Zusammenhang zu bringen und zu rechtfertigen, auf eine große, bei jenen Autoren vorliegende Grundidee zu schließen. Auch die besondern Glossen, welche Karsten citirt, beweisen nicht für ihn; vielmehr spricht Gl. Alemannicus ad prooemium J. eher gegen ihn, und von seinen Citaten S. 94, Note 12 ist mindestens eins ungenau, da nicht Gl. Augusto in in. C. das bringt, worauf Karsten sich beruft, sondern höchstens eine spätere additio zu dieser Glosse sich im Sinne Karsten's verwerthen ließe. Richtig ist, was S. 95 über das Gewohnheitsrecht und über das Verhältniß der Glosse zum Statutarrecht bemerkt wird; daß dies letztere immer einflußreicher wurde, lag in der Natur seiner Entwickelung. Wie Karsten nun aber weiter beweisen will, die Ansicht der Glossatoren von der aequitas sei die gewesen, daß erst Justinianus diese aequitas als ganz neues Element in die Rechtswissenschaft eingeführt habe, und daß sie eben daher auch nur als aequitas scripta, soweit sie Theil der Justinianeischen Gesetzgebung, zu berücksichtigen sei, S. 100 fg., ist aus den Citaten gar nicht zu entnehmen. Die Glosse identificirt allerdings häufig aequitas und jus naturale, unterscheidet auch zwischen aequitas scripta und non scripta; Gl. Cum inique decernit ad leg. 11 D. de J. et J. 1, 1 beweist aber gerade, daß der Richter nach der Glosse auch die aequitas non scripta zu beachten hat; ebenso Gl. Peraeque ad leg. 1 pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1; eher hätte Karsten noch anführen können Azo, Brocardica, Rubr. 76 de Justitia et jure atque aequitate, in meiner Ausgabe S. 582 unter der besondern Ueberschrift aequitas: Aequitatem dico legis, non cujusquam ingenio excogitatam, doch ist wol auch das in einem andern Sinne zu nehmen. — Auf das Werk Karsten's und sein eigentliches Thema wird sich übrigens nochmals zurückzukommen später Gelegenheit finden.

der Consequenzen her. So verirrt die Glosse sich regelmäßig in die seltsamsten Erklärungen, wenn es sich um eine historische Thatsache, um einen Namen, um eine veraltete Einrichtung handelt, deren die Quellen nur obenhin erwähnen. Die Glossatoren theilen eben auch mit ihrem Zeitalter den geringen Umfang der übrigen allgemeinen, sprachlichen, grammatikalischen, culturhistorischen Kenntnisse; daher denn die von ihnen gegebenen Etymologien, welche allerdings häufig geradezu ungeheuerlich sind. Nichts ist aber unzutreffender, als die Glosse wegen dieser verschiedenen Mängel verdammen zu wollen, wie von so vielen Schriftstellern [1] geschehen, welche dann meist eine Reihe derartiger in den Glossen mit leichter Mühe aufzufindender Singularitäten zusammenstellen, so durch dieselben einen lächerlichen Gesammteindruck beim Leser hervorzubringen bemüht sind und schließlich von der „Barbarei" der Glosse reden; es ist merkwürdig, wie diejenigen Autoren, welche so der Glosse das größte Verbrechen aus ihrer historischen Unwissenheit machen, sich selbst allen historischen Sinnes bar zeigen, indem sie von den Glossatoren verlangen, was eben in dem Jahrhundert derselben nicht möglich war. Eher ist anzuerkennen, daß die Glosse trotz der für sie vorhandenen Unmöglichkeit, die Quellen historisch aufzufassen und zu erklären, doch häufig mit ihrem gesunden Sinn und sozusagen durch Intuition das dogmatisch Richtige getroffen hat; besonders weiß sie manchen allgemeinen Satz der Quellen [2], welchen sie, eben weil er nur geschichtlich zu erklären ist, mit andern Stellen nicht in Einklang bringen kann, mit auffallender Selbständigkeit zu ignoriren, oder mit merkwürdiger Feinheit abschwächend zu interpretiren. Manches, was man so gewöhnlich der Glosse als Barbarei vorwirft, ist allerdings solche, aber entschuldbar; manches ist auch stark über-

---

[1] S. eine Aufzählung derselben bei Savigny, Geschichte, V, 236, Anm. c; ebendort S. 236 fg. findet auch manch Hierhergehöriges schon seine gründliche Widerlegung und Abfertigung.

[2] So verfährt sie z. B. mit dem Ausspruche unsere Quellen: Nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest, s. Gl. Nec enim sicut ad leg. 3, §. 4 D. de acq. vel am. poss. 41, 2.

trieben oder falsch aufgefaßt worden[1]; manches aber auch, das der Glosse wol als Insipidität angerechnet wird, mag ironisch gemeint sein, wenigstens ist ihr der Begriff der Ironie nicht fremd, wie darthut Gl. Et restituet ad leg. 8 pr. D. si servitus vindicetur 8, 5, wo es heißt: ... et puta, quod ironicum consilium dare videtur.

Der Mangel naturhistorischen Wissens kommt für die Jurisprudenz weniger in Betracht, obgleich auch hier wol in einzelnen Fällen die bessere Kenntniß des Objects, von welchem gerade die Quellenstelle handelt, ein besseres Verständniß derselben ermöglicht haben würde; doch ist dies von weit geringerer Bedeutung.

Was schließlich den dritten negativen Punkt, die Einförmigkeit der Person und des Denkens anbetrifft, so ist da denn doch wol eine erfreuliche Ausnahme zu constatiren. Die Glossatoren waren ja gewiß ebenso sehr Anhänger der Autorität wie die meisten damaligen Menschen, nur daß bei ihnen zu den großen Autoritäten der Bibel und des Aristoteles noch diejenige des Römischen Rechts hinzukam; es scheint aber, daß das Neue und deshalb geistig Anregende ihres Studiums zu einer Auffrischung und Anreizung ihrer Kräfte geführt[2] und sie momentan über den sonstigen Durchschnitt ihrer Zeit erhoben hat, wobei denn die Fülle der Reichthümer, welche ihnen bei Betreten des neuen Gebietes entgegenleuchtete, fördernd hinzugekommen sein wird. Lange dauerte dieser Aufschwung nicht; nach dem Ausgang, ja schon mit dem Ende der Glossatorenschule beginnend, und bis zum Anfange einer neuen Richtung im 16. Jahrhundert fortdauernd, folgen sich eine Reihe Rechtslehrer, welche mit wenigen Ausnahmen[3] einander wieder so ähnlich sehen, so sehr gleichmäßig eine gewisse Durchschnittsgelehrsamkeit repräsentiren, daß man sie wol mit Recht hat als fungible Personen be-

---

[1] S. Savigny, a. a. O.

[2] Vgl. Stintzing, a. a. O., I, 102.

[3] Eine solche Ausnahme vor allen ist Bartolus, ein Mann, dessen geistige Frische und Originalität bisher noch immer nicht sattsam gewürdigt worden sind.

zeichnen können; anders aber, wie gesagt, verhält es sich wenigstens mit den Bedeutendern unter den Glossatoren. Kurze Hinweise auf die besondern Eigenschaften des Martinus, des Bulgarus, des Placentinus, des Johannes Bassianus und des Azo sind bereits im vorigen Paragraphen gegeben; dieselben werden im Laufe dieser Arbeit da, wo von der Entwickelung der einzelnen Sätze innerhalb der Glossatorenschule die Rede sein wird, ihre nähere Ausführung und Beleuchtung erhalten. Hoffentlich wird es so gelingen, dem Leser denjenigen Eindruck in etwa zu verschaffen, welcher allerdings ganz und voll nur aus dem directen Quellenstudium gewonnen werden kann, nämlich es mit durchaus ausgebildeten und in ihrer Verschiedenheit interessanten Persönlichkeiten zu thun zu haben.

Gehen wir nunmehr zu den positiven Seiten der Scholastik über, um zuzusehen, wie weit solche auf die Glossatoren von Einfluß gewesen, so ist vor allem hervorzuheben, daß die Vermischung theologischer und profaner Fragen hier glücklich vermieden worden ist. Die Gefahr lag ja nahe, daß der kirchliche Gesichtspunkt auf das Studium des Römischen Rechts, sei es nun indirect durch das Kirchenrecht hindurch, sei es direct in Auffassung, Auslegung und praktischer Geltendmachung durch seine anerkannte Ueberherrschaft einen eben solch hindernden Einfluß gewinnen würde, wie diesen wol sonst im Mittelalter die Kirche auf die Wissenschaft geübt hat; aber ein glückliches Schicksal hat unsere Quellen davor bewahrt, auf solche Weise verkümmert und entstellt zu werden. Die Glossatoren waren viel zu sehr von der Größe und Majestät des Römischen Rechts durchdrungen, als daß sie gewagt hätten, gleichsam eine Revision desselben vom kirchlichen Standpunkte aus vorzunehmen; dabei kam dem Corpus juris ferner zu statten, daß es ein von dem sein Christenthum oft und lebhaft betheuernden Kaiser Justinian abgefaßtes Gesetzbuch ist, während die Werke der alten Heiden den Verdacht, für den Glauben Gefährliches zu enthalten, sicher erweckt haben würden; so wurde die altheidnische Waare von der christlich-Justinianeischen Flagge gedeckt; (s. Gl. In nomine domini ad princ. Dig.; Gl. In nomine domini und Gl. Sacra-

tissimi princ. ad prooemium Cod. [Const. Haec, quae necessario]). Was den Einfluß des Kirchenrechts anbelangt, so wird von diesem noch besonders zu handeln sein, doch kann schon vorausgenommen werden, daß derselbe ebenfalls ein ganz außerordentlich geringer gewesen ist.

Haben sich demnach die Glossatoren von allem kirchlichen Druck merkwürdig freigehalten, so stehen sie andererseits vollständig unter der Herrschaft der damaligen Scholastik, und zwar derjenigen, welche vor der Einführung des byzantinisch-arabischen Aristoteles blühte, da mit der Zeit dieser Einführung, 1220—50, gerade die Periode der Glossatoren zu Ende geht. Allerdings ist die Glosse des Accursius erst nach 1220, also nach Beginn der Umwälzung, geschrieben; doch ist wol mit Sicherheit anzunehmen, daß Accursius noch kaum von der neuen Richtung berührt war. Dringt doch die Kenntniß der frisch aufgedeckten Schätze selbst bei den Philosophen von Fach nur sehr langsam vor, wie sollte sie rascher zu Accursius gelangt sein, einem Manne, der alles in allem genommen auch nicht gerade derjenige gewesen zu sein scheint, welcher sich mit regem Wissenseifer auf frische Ideen gestürzt hätte. Man kann wol voraussetzen, daß er, nachdem er, wie jeder Gebildete seiner Zeit, in seiner Jugend, also vor 1220, die nothwendigen dialektischen Studien gemacht hatte, kaum mehr je zu Derartigem zurückgekehrt sein wird. Sollte der neue Hauch aber ihn auch schon getroffen haben, so könnte dieser doch nur für einzelne, von Accursius selbst herrührende Zusätze in der Glosse von Einfluß sein, wie denn z. B. Gl. In sua substantia durant ad §. 28 J. de rer. div. 2, 1 allerdings Spuren eines solchen Einflusses zeigt; für die ältern Glossatoren aber kann Derartiges gar nicht in Frage kommen, und da Accursius doch größtentheils nur diese excerpirt und compilirt hat, so ist jener Zeitraum von etwa 25 Jahren, um welche die Schriften des Aristoteles früher dem christlichen Abendlande zugänglich geworden sind, als die Glossatorenschule ihr völliges Ende erreicht hat, gewiß irrelevant. Die Uebereinstimmung aber, welche sonach zwischen dem Ende der ersten scholastischen und der ersten bekannten juristischen Epoche des Mittelalters herrscht, ist keine

zufällige, sondern von wesentlicher Bedeutung. Was die Glossatoren außer ihren speciell juristischen Eigenschaften, von welchen später, gerade am meisten charakterisirt, ist eben ihre genau der formalen ersten Periode der Scholastik angehörige Art zu denken, einzutheilen und zu schließen.[1] Dabei ist die Hauptsache, 1) daß vor der Mitte des 13. Jahrhunderts die Scholastik lediglich die Form, noch keinen positiven Kern des Denkens bietet; und 2) daß die eigentliche Dialektik damals noch nicht ausgebildet war. Als Kern finden die Glossatoren nun den Körper des Römischen Rechts vor; in ihn einzudringen verwenden sie die Methode, welche die damalige „Philosophie" ihnen lieferte; so beruhen die einzelnen Wendungen des Ausdrucks, die Art und Weise, wie die Ideen gesondert und verbunden werden, die Manier der Interpretation selbst auf der frühmittelalterlichen Scholastik; und da diese eben noch keine dialektisch ausgebildete und verbildete war, so bleibt dabei den Glossatoren fern jener Hang zu Distinctionen, Disputationen, Wortstreitigkeiten, welcher sich später einstellt. Den scharfen Einfluß der formalen Scholastik zeigt z. B. Gl. Ea est natura ad leg. 65 (66) D. de R. J., welche Betrachtungen über die Vertauschung des terminus medius im Syllogismus bietet; ähnlich Gl. Acquiratur ad leg. 40 i. f. D. de acq. rer. dom. 41, 1; die Belege könnten gehäuft werden, doch mögen einstweilen diese genügen; im Laufe der Detailuntersuchungen werden wir noch genug Derartiges antreffen. Mehr sachlich klingt schon Gl. Forma ad leg. 7 §. 5 D. tit. cit. 41, 1: Forma, id est Esse rei. Zu wie scharfer Begriffssonderung die Scholastik Anlaß gab, möge einstweilen Gl. Mutet ad leg. 23 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3 zeigen, wo es bezüglich der communio pro indiviso heißt, der Miteigenthümer habe nicht das Eigen-

[1] Auch unbedeutende Eigenarten der Glossatoren gehören hierher, wie z. B. ihre Gewohnheit, im Anfange jeden Werkes zunächst bestimmte Fragen, wie diejenigen nach Namen, Zweck, Stoff u. s. w. in bestimmter Reihenfolge zu behandeln und ferner stets einen „Prolog" vorauszuschicken. Vgl. Ratjen, Vom Einflusse der Philosophie auf die Jurisprudenz (Kieler Universitätsprogramm 1855), besonders S. 5—7, und weiter Fitting, Juristische Schriften des frühen Mittelalters, S. 98 fg. unter 1 und S. 101 fg. unter 3.

thum an einem Steine als dem tausendsten Theil des Hauses, sed ejus lapidem millesimam partem et sic multiplicativam partem possidet; besonders von derartigen präcisen Distinctionen zwischen dem Theil und dem Ganzen, der Sache als selbständiger und unselbständiger, der Zusammenfügung als innerlicher oder äußerlicher, werden wir häufiger zu reden haben. Man kann wol annehmen, daß gerade in dieser Beziehung die formale Scholastik den Glossatoren nicht unwesentliche Dienste geleistet hat; ja, es darf behauptet werden, daß sie ihnen überhaupt mehr genutzt als geschadet hat. Während die Glossatoren sich von der Schwerfälligkeit und sonst bisweilen recht fühlbaren Unnatur scholastischer Denkweise dadurch befreiten, daß sie sich ohne Rückhalt und, was die Sache selbst betrifft, völlig ohne vorgefaßte Meinungen auf das directe Studium der römischen Quellen warfen: kam ihnen behufs Ermöglichung der kurzen, glossirenden Interpretationsmanier, behufs der im Rechte besonders nöthigen scharfen Begriffsscheidung und speciell behufs Durchführung der Abstraction vom wirthschaftlich-natürlich Sachlichen bei der Auffassung der Dinge — eine Abstraction, welche der rechtliche Standpunkt gebieterisch fordert — die scholastische Schulung mächtig zu statten.

II. Nachdem so festgestellt ist, welches die allgemeinen Bildungseinflüsse waren, unter welchen die Glossatoren standen, ist zuzusehen, woher die speciell juristische Bildung stammt, mit welcher sie an die Interpretation des Römischen Rechts herangetreten sind.

Zunächst einmal fanden die Glossatoren die vorbononiensische romanistische Literatur vor; dann können sie beeinflußt worden sein von dem zu ihrer Zeit sich noch entwickelnden Kirchenrecht oder schließlich von dem Deutschen Recht, welches ihnen besonders in der Form des Lombardischen Rechts und des Lehnrechts nahe trat.

Von dem Verhältniß der Glossatoren zu den vorbononiensischen Romanisten ist in §. 1 schon die Rede gewesen. Daß sie manche Züge von ihnen im einzelnen entlehnt haben, ist ebenso

unbestreitbar[1], wie daß im ganzen doch zwischen ihrer Art und Weise der Rechtsbehandlung und der frühern ein gewaltiger Unterschied obwaltet. Bestimmte Rechtsbegriffe haben sie jener frühern Literatur, soweit Verfasser dies zu beurtheilen im Stande, kaum entnommen; eher manche traditionelle Eintheilung oder Definition. So scheint z. B. das Gewicht, welches die Glosse auf die Distinction zwischen titulirtem und nicht titulirtem Besitz bei der Frage des Fruchtersatzes[2] legt, und manches in der Besitzlehre auf vor-Irnerischer Ueberlieferung zu beruhen; meist aber ist die Auffassung der Glossatoren eine ganz selbständige derjenigen der frühern Romanisten gegenüber; besonders daß diese letztern einen Einfluß auf die Gesammtgestaltung der Glosse gewonnen hätten, daß ihre Lehre irgendwo von den Glossatoren als maßgebende, sei es bewußt, sei es unbewußt angewendet worden wäre, muß entschieden geleugnet werden.

Noch weit unbedeutender ist der Einfluß, welchen das Kirchenrecht auf die Glosse ausgeübt hat; die Thatsache, daß die Glossatoren sich der Entwickelung des Kanonischen Rechts gegenüber ganz abschlossen, sich rein ablehnend demselben gegenüber verhielten, ja häufig sich in einen gewissen Gegensatz zu den Kanonisten stellten, ist nicht anzuzweifeln.[3] Sie fühlten sich entschieden auf dem Boden des ein sicheres, großes Ganzes bildenden Römischen Rechts über die Neuerungsversuche und Bildungskämpfe des Kirchenrechts ebenso erhaben, wie wol in viel neuerer Zeit die Romanisten über die Germanisten. Ihre Hauptsorge war es, die klaren und consequenten Bestimmungen des Römischen Rechts den sie durchbrechenden und abändernden Normen des Kanonischen Rechts zum Trotze aufrecht und unversehrt zu erhalten; so trennen sie denn scharf zwischen dem, was nach Römischen, und dem, was nach kirchlichem Gebot Rechtens ist; bei der Lehre von den Zinsen, von der mala fides superveniens erwähnen sie die kanonischen Vorschriften wol, aber nur, um ihnen auf dem Gebiete des welt-

[1] S. die dort angegebenen Beispiele.
[2] S. später §. 28 des zweiten Theils.
[3] S. Savigny, III, 422, 514—516.

lichen Rechts die Anerkennung zu verweigern[1]; (s. Gl. Petrum apostolum ad leg. 1 pr. C. de summa trin. 1, 1, und Gl. Ab initio ad leg. unic. §. 3 C. de usucapione transformanda 7, 31). In Zusammenhang hiermit steht es, daß die Arbeitstheilung zwischen Interpreten des Kanonischen und Römischen Rechts eine zunftmäßig scharfe war; die Legisten und die Kanonisten bilden zwei ganz getrennte Gelehrtenklassen. Die Kanonisten scheinen häufig ziemlich weitgehende Kenntnisse auf dem Gebiete des Römischen Rechts besessen zu haben, da dieses als Fundament des Kirchenrechts stets angesehen wurde[2]; die Legisten dagegen dürften das Kanonische Recht kaum je eingehender studirt haben, wie das Beispiel des Roffred zeigt, welcher, als er vom Römischen zum Kirchenrecht übergehen wollte, erst seine Studien von vorn anfangen mußte und sich dann doch noch auf fremdem Boden fühlte.[3] So findet sich denn auch in der Glosse wol hin und wieder eine oberflächliche Bemerkung über Kanonisches Recht, aber nirgendwo eine Spur demselben zutheil werdender Betrachtung.

Für bedeutender wird wol im allgemeinen die Rolle gehalten, welche germanistische Anschauungen[4] bei der Rechtsauffassung

---

[1] Karsten, in seinem schon citirten Buche über die Lehre vom Vertrag, hat seine besondern Ideen auch über die Gründe der Gegnerschaft zwischen Civilisten und Kanonisten, s. S. 96; die Thatsache, daß die Ungültigkeit der canones in foro civili sich für die Glosse von selbst verstand, die Gültigkeit der canones in foro ecclesiastico aber von der Glosse nicht bestritten, ja kaum behandelt werden konnte, scheint von ihm nicht genügend hervorgehoben worden zu sein. Seine Beiträge über Verhältniß zwischen Kaiser und Papst dürften nach den ausführlichen und großartigen Darlegungen Gierke's (Genossenschaftsrecht, Bd. 3, a. v. O), unbedeutend und überflüssig sein. — Wegen der Stellung, welche nach der kanonistischen Doctrin das kirchliche zum weltlichen Recht einnimmt, vgl. noch die meisterhaften Ausführungen bei von Schulte, Geschichte der Quellen u. s. w., I, 92 fg., §. 20.

[2] S. von Schulte, Geschichte, a. v. O.

[3] S. Bethmann-Hollweg, Geschichte des Civilprocesses, VI. Abth. 1, in der Besprechung des von Roffred herrührenden Werkes über kanonischen Proceß. — Später, zur Zeit der Postglossatoren, besonders von Bartolus und noch mehr von Baldus ab, ändert sich all dies vollständig.

[4] Vgl. besonders Bruns, in den Jahrbüchern des gemeinen Deutschen Rechts, herausgegeben von Becker und Muther, IV, 33 fg., wo die Stellung

der Glossatoren gespielt hätten. Wenn man zunächst einmal davon ausgeht, alle modernen Rechtsanschauungen als germanistischem Grund und Boden entwachsen anzusehen, so wird man unzweifelhaft manche allgemeinere Rechtsidee der Glossatoren dem Deutschen Recht vindiciren können; zieht man aber, wie doch wol richtiger, in Betracht, daß es bei den meisten Grundfragen[1] wol mehr die veränderten staatlichen und socialen Verhältnisse gewesen sein mögen, welche zur Aenderung der Vorstellungen Anlaß gegeben haben, und beschränkt man sich dann darauf, von germanistischen Einflüssen nur dort reden zu wollen, wo eine Uebereinstimmung mit concreten, einzelnen, nachweisbar deutschrechtlichen Rechten und Rechtsinstituten klarzulegen ist, so gestaltet sich die Sache doch etwas anders. Bekanntlich ist das Sachenrecht derjenige Theil des Rechts, in welchem deutschrechtliche Begriffe zum Schaden der reinen römischen Principien sich am meisten und bestimmtesten aufrecht erhalten haben; theilweise gerade deshalb ist für den besondern Theil dieses Werkes der Hauptabschnitt des Sachenrechts, die Lehre vom Eigenthum, als Thema gewählt. Obgleich nun bei jeder etwas auffälligen oder eigenthümlichen Theorie der Glosse Verfasser sich die Frage vorgelegt hat, ob nicht ein germanistischer Zusammenhang zu eruiren sei, ist es doch nur ganz selten und ausnahmsweise gelungen, einen solchen zu constatiren. Durchweg waren gar keine Beziehungen der fraglichen Art zu entdecken; bisweilen stellte sich, wo solche auf den ersten Blick vorhanden zu sein schienen, heraus, daß die Einzelheiten der Annahme, als habe man auf germanistische Rechtsbegriffe gestoßen, im Wege standen, so z. B. in der Lehre vom Fruchterwerb des bonae fidei possessor; nur in der verschiedenen Behandlung, welche die Glosse der Ersitzung von Mobilien und von Immobilien zutheil werden läßt, konnte bestimmt ein deutschrechtlicher Zug erkannt werden. Auch dem

---

der Glossatoren zu deutschrechtlichen Anschauungen bei Gelegenheit ihrer Lehre vom Besitz in meisterhafter Weise auseinandergesetzt wird.

[1] Verhältniß des Richters zum Proceß, des Staates zur Gesetzgebung, der Klage zum Recht u. s. w.

Deutschen Recht gegenüber hat demnach die Glosse an dem reinen, unverfälschten Römischen Recht durchweg festgehalten; viel mehr Abweichungen von demselben nach germanistischer Seite hin dürften sich die Postglossatoren haben zu Schulden kommen lassen, soweit bei derartiger unbewußter Fort- und Umbildung des Stoffes von Verschulden die Rede sein kann.

Was nun das Verhältniß betrifft, in welchem die Glossatoren zu den einzelnen positiven, in Italien zu ihrer Zeit geltenden Germanistischen Rechten standen, so ist dies auch ein recht äußerliches. Obgleich in ihren Anfängen sich vielleicht mit Lombardistischer Rechtsgelehrsamkeit berührend [1], hat die Glossatorenschule Lombardisches Recht in den Kreis ihrer Betrachtungen eigentlich nie aufgenommen. Gelegentlich findet sich wol eine Notiz über die Verschiedenheit, welche in irgendeinem Punkte zwischen Lombardischem und Römischem Rechte besteht; es pflegt dann meist sogar ein genaues Citat der Lombarda beigefügt zu sein; aber all dies ist wenig, oberflächlich und bruchstückartig; scheinen die Glossatoren dem Lombardischen Recht auch etwas näher gestanden zu haben als dem kanonischen, so ist doch der Unterschied gering und besteht höchstens darin, daß der gereizte Ton, welchen die Glosse wol hin und wieder den Kanonisten gegenüber anschlägt, bei Erwähnung des Lombardischen Rechts nicht zur Anwendung kommt. In näherer Beziehung stehen die Legisten zu dem Lombardischen Lehnrecht [2], welches von Hugolinus mit andern Stücken den neun Collationen, in welche die Glossatoren die Novellen eintheilten, als zehnte Collation beigefügt worden ist [3], so in das sogenannte Volumen [4] gelangte und sich seit der Zeit in unserm Corpus juris erhalten hat. Auch andere Glossatoren haben sich mit dem

---

[1] S. o. §. 1.

[2] Für dieses ist außer Savigny's Geschichte zu vergleichen: E. A. Laspeyres, Ueber die Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri feudorum (Berlin 1830).

[3] S. Savigny, Gesch., III, 521 fg., u. Laspeyres, S. 326—339.

[4] Volumen nennen die Glossatoren denjenigen Theil des Corpus juris, welcher enthält: Institutionen; Authenticum (d. i. die Novellen, in neun Collationen); die Lehnrechtssammlung nebst einigen Kirchengesetzen als zehnte

Lehnrecht beschäftigt; schon Bulgarus soll Glossen zu demselben geschrieben haben[1]; dieselbe Nachricht ist uns von Johannes Bassianus erhalten[2]; bestimmter wissen wir von Pillius[3] und Jacobus de Ardizone[4], daß sie sich mit den Libri feudorum abgegeben haben; einen fortlaufenden Apparat zu denselben hat dann Jacobus Columbi geschrieben[5]; dieses letztern Werk ist schließlich von Accursius mit einigen Veränderungen und Zusätzen in seine Glosse aufgenommen worden und bildet so einen Bestandtheil der Glossa ordinaria zum Corpus juris.[6] Wie man sieht, waren demnach die Legisten häufig zugleich auch Feudisten; das Lehnrecht hat es aber mit so singulären Rechten und Rechtsvorschriften zu thun, daß dieser Umstand auf die Behandlung des Römischen Rechts seitens der Glossatoren irgendwelchen Einfluß nicht gewinnen konnte, vielmehr nur umgekehrt römische Denkweise und römische Kategorien zur Anwendung auf das Lehnrecht gebracht wurden; (s. Gl. Nominatim ad §. 3 F. de his qui feudum dare possunt I, 1; Gl. Usque in infinitum ad §. 5 eod.; Gl. Si vero castaldi ad §. 1 F. de Feudis Guardiae et Castaldiae I, 2; Gl. Ratum habere ad pr. F. qui successores feudum dare teneantur I, 3; u. s. f.).[7] Es ist also hier nicht etwa das Römische Recht durch die Berührung mit dem Lehnrecht germanisirt, sondern umgekehrt letzteres romanisirt worden.

Vollständig ablehnend verhalten sich die Glossatoren der

---

Collation, als solche auch in der Glosse des Accursius citirt; und die Tres libri, d. h. Buch 10—12 des Codex. — S. Savigny, Geschichte, III, 519, u. 526 Anm. a, und Laspeyres, S. 336.

[1] Savigny, IV, 120; Laspeyres, S. 345—348.

[2] Savigny, IV, 310.

[3] Savigny, IV, 348, 349; Laspeyres, S. 348—350.

[4] Savigny, V, 85—86; Laspeyres, S. 358 und 359; außerdem nennt Laspeyres S. 354 noch Symon Vicentinus, welcher aber als Legist nicht bekannt ist und daher nicht hierher gehört.

[5] Savigny, Geschichte, V, 93—98; Laspeyres, S. 359—387, besonders S. 363—375; Entstehungszeit zwischen 1235 und 1250, nach Laspeyres, S. 384—387.

[6] Savigny, Geschichte, V, 283; Laspeyres, S. 387—400, besonders S. 398 fg.

[7] Vgl. Laspeyres, S. 378 fg.

Statutargesetzgebung gegenüber.[1] Diese ernsthaft zum Gegenstand des Studiums zu machen, Vergleiche zwischen ihr und dem Römischen Recht anzustellen, das Gebiet ihrer Herrschaft dem gemeinen Recht gegenüber zu untersuchen und zu fixiren, war eine Aufgabe, an welche erst die Postglossatoren herangetreten sind.

Das einzige Stück moderner Gesetzgebung, welches die Glossatoren in den eigentlichen Kreis ihrer romanistischen Studien gezogen und in ihren Werken mit dem Römischen Recht verarbeitet haben, sind einzelne Verordnungen deutscher Kaiser. Da man die Geltung des Römischen Rechts auf den Zusammenhang zwischen dem römischen und deutschen Imperium zurückführte, und da man sonach in den deutschen Kaisern die Nachfolger Justinian's auch in der Eigenschaft des letztern als Gesetzgeber erblickte, so waren die Gesetze derselben als den Justinianeischen Novellen völlig gleichstehend zu betrachten und wurden auch demgemäß behandelt.[2] Darauf aber, daß durch Aufnahme dieser wenigen einzelnen Bestimmungen unter den Rechtsstoff die Reinheit der Auffassung des Römischen Rechts im allgemeinen bei den Glossatoren nicht getrübt werden konnte, braucht wol nicht weiter eingegangen zu werden.

Wir gelangen zu dem Resultat, daß die Glossatoren ihre specifisch juristische Bildung durchweg, ja fast ausschließlich nur aus den römischen Rechtsbüchern[3] direct gezogen haben; an diesen haben sie sich geübt, vermittelst dieser haben sie ihre rechtliche Auffassung gestaltet; andere Rechte haben sie wenig behandelt, noch weniger denselben einen wesentlichen Einfluß auf ihr juristi-

---

[1] Dieselbe beginnt in der Mitte des 11. Jahrhunderts, wird aber erst in den zwei folgenden Jahrhunderten umfassend; s. Savigny, Geschichte, III, 513.

[2] S. Savigny, Geschichte, III 520 fg.

[3] Und zwar auch wiederum nur aus den Justinianeischen; andere Quellen des Römischen Rechts haben sie nicht beachtet, besonders weder den Codex Theodosianus noch das Breviarium; vgl. Biener, Geschichte der Novellen, S. 299 fg., wo sich auch interessante Notizen über die Bekanntschaft der Glossatoren mit der classischen Literatur und Belletristik finden (Ovid, Cato, Virgil, Sallust).

sches Denken und ihre Begriffsbildungen gestattet; daher denn die Kraft und Frische, welche sie bei der Interpretation der römischen Rechtsquellen, welche ihnen juristische Bibel und juristischer Aristoteles sind, entwickeln; daher auch die Reinheit, mit welcher sie das Römische Recht zur Wiedergabe bringen, soweit ihnen ein Verständniß desselben von dem niedrigen Standpunkt historischer Erkenntniß, auf welchem sie nun einmal mit ihrer Zeit stehen, möglich ist; kurz, daher alle die hervorragenden Eigenschaften, infolge deren sie trotz aller ihrer heutzutage leicht erkennbaren Unvollkommenheiten und Mängel unter die bedeutendsten Interpreten des Römischen Rechts gerechnet zu werden verdienen.

Waren nun aber die Glossatoren einseitig Romanisten und blos auf die römischen Rechtsquellen und deren Interpretation beschränkt; haben sie es zu Stande gebracht, sich gegen den sie überall umgebenden lebendigen Rechtsstoff abzuschließen und ausschließlich sich mit einem bis dahin großentheils todten Rechte zu befassen; so folgt schon hieraus, daß sie reine Theoretiker sein mußten. Allerdings ist Irnerius aus der Praxis hervorgegangen, wie denn auch die Einschaltung der Authentiken in den Codex eher das Werk eines Praktikers als dasjenige eines Theoretikers zu schein scheint; anders verhält sich die Sache aber schon zur Zeit der vier Doctoren. Man ging von da ab von dem Gedanken aus, das Römische Recht sei das Recht, welches eigentlich gelten müsse; um das Recht, welches factisch galt, kümmern sich infolge dessen die Glossatoren gar nicht, sondern leben blos in dem Kreise römischer Ideen, ohne Rücksicht auf die praktische Anwendung und Anwendbarkeit derselben. Allerdings haben die Glossatoren praktischen Einfluß geübt; aber eben nur indirect durch die Wirkung ihrer Lehren, nicht direct, indem sie in die Praxis eingriffen. Ihre Schüler, welche dann wol später als Advocaten oder Richter thätig werden mochten, haben natürlich vielfach die theoretischen Ideen der Glossatoren zur Anwendung gebracht[1]; die Statutargesetzgebung hat dann weiter auf die

---

[1] Siehe über die Verbreitung, welche so die römischen Rechtsanschauungen gewinnen, mancherlei bei Ficker, Zur Italienischen Reichs- und Rechtsgeschichte,

Theorien der Glosse Rücksicht genommen und manches Stück des Römischen Rechts zum geltenden Gesetze erhoben, während es bis dahin nur todtes Theorem war; aber weder haben die Glossatoren selbst sich bestrebt, Derartiges zu erreichen, noch haben sie darauf Bedacht genommen, ihre Lehre so einzurichten, daß sie die praktische Anwendung, den neuen Verhältnissen Rechnung tragend, ermöglicht hätten. Ihnen kam es vielmehr nur darauf an, das Römische Recht, das ganze Römische Recht und das reine Römische Recht zur klaren und consequenten Darstellung zu bringen; mochte man dann weiter zusehen, wie man den so gewonnenen Schatz verwerthete; Pflicht der Praxis war es nach Ansicht der Glossatoren, sich nach dem Römischen Recht zu richten, nicht die Pflicht der Glossatoren, das Römische Recht den Bedürfnissen der Praxis entsprechend zu gestalten. Insofern, als die Glossatoren den Zwiespalt zwischen ihrer Theorie und der Praxis nicht einmal empfinden, kann man sie sogar wol als die einseitigsten Theoretiker bezeichnen, welche es je in der Rechtsgeschichte gegeben hat.[1] — Diese ihre theoretische Richtung zeigt sich denn auch in manch einzelnen Zügen ihrer Werke; so daran, daß sie bei der Lehre von den umfassenden dinglichen Rechten an fremder Sache noch immer mit besonderm Gewicht von emphyteuta und superficiarius reden und höchstens hin und wieder einmal des feudatarius erwähnen; so in der Menge von Bedeutungen, welche sie dem Worte colonus beilegen; in der unpraktischen Art und Weise, wie sie die Verbindung von Vindicatio und Publiciana durch denselben Kläger verhindern; und so ist es denn auch äußerst charakteristisch, wenn Pillius in seinen Quaestiones, d. h. Erörte-

---

III, 33, 35, 70, 121 und besonders 145—149; wenn aber Ficker an verschiedenen dieser Stellen hervorhebt, daß durch den von Bologna aus gegebenen Anstoß manche Rechtsideen sich über Italien verbreiteten, welche durchaus nicht von den Glossatoren herrühren, sondern blos der Rechtsübung der Romagna entsprechen: so bestätigt dies den hier hervorgehobenen Umstand, daß die Glossatoren direct auf die Praxis nicht eingewirkt haben, im vollsten Maße.

[1] Vgl. über all dies die Ausführungen von Ficker, Ueber den Ort und die Zeit der Entstehung des Brachylogus juris civilis, S. 590 fg.

rungen von Rechtsfällen, vielfach nicht wirklich vorgekommene, sondern erdichtete Rechtsfälle behandelt.[1]

Hiermit dürften im Wesentlichen die verschiedenen äußern Einflüsse, unter welchen die Glossatoren standen, und die aus diesen für sie resultirenden charakteristischen Eigenschaften geschildert sein; das positive Ergebniß ließe sich kurz etwa dahin zusammenfassen, daß die Glossatoren einseitig theoretische Romanisten unter der Herrschaft der Früh-Scholastik gewesen sind; ihre Werke repräsentiren daher diejenige Stufe der Entwickelung, bis auf welche sich die Wissenschaft des reinen Römischen Rechts, gestützt einzig auf die Bildung und Philosophie der Frühscholastik, emporarbeiten konnte.

Die Eigenart der von den Glossatoren geleisteten Arbeit ist aber weiterhin und schließlich bedingt von der Form, in welcher sie zu denken und zu schreiben gewohnt waren; von dieser Form haben wir jetzt noch zu handeln.

III. Diejenige Form, welcher die Glossatoren sich hauptsächlich bedienten, welche für ihre ganze Denkweise charakteristisch und maßgebend ist, nach welcher sie daher auch mit Recht ihren Namen erhalten haben, ist die der Glosse[2], d. h. einer zu der Quellenstelle zugefügten kurzen oder längern, mehr auf den Inhalt oder mehr auf die Form gehenden, jedenfalls aber ohne diese Stelle nicht voll verständlichen Erläuterung derselben. Zunächst mußte es sich für die Glossatoren darum handeln, den Text des Gesetzes sprachlich-grammatikalisch zu verstehen; daher waren die ersten (Interlinear)-Glossen meist nur kurze Wort- oder allenfalls auch bei fremden Namen und Gegenständen Sacherklärungen im lexikographischen Sinne[3]; daß gerade hier manches aus mangelnder Sprach- und Geschichtskenntniß verfehlt ist, ist bereits erwähnt. — War man einmal so weit gelangt, die einzelne Stelle sprachlich zu verstehen, so verlangte man nun auch danach, die juristische Bedeutung zu erfassen. Daher die große

[1] S. Savigny, Geschichte, IV, 334, Anm. o.

[2] Die verschiedenen Arten der Glosse beschreibt kurz und präcis Wenck, Magister Vacarius, S. 129.

[3] S. über diese die Bemerkungen bei Savigny, Geschichte, V, 285, Anm. b.

Reihe der Glossen, welche den Fall einer Stelle erklären, die einzelnen Beziehungen innerhalb derselben aufdecken und sich überhaupt bemühen, aus derselben einen klaren und verständlichen Sinn zu gewinnen. Häufig sind diese Glossen schon weit ausgedehnter als die Interlinear-Glossen; bisweilen aber wird auch durch wenige Worte, ja wol nur durch ein einziges Wort eine Stelle in höchst ansprechender und eleganter Weise beleuchtet. Auf der Grenze zwischen lexikographischer und juristischer Erklärung steht z. B. noch Gl. Jam ad. leg. 84 (86) D. de furtis 47,2, welche deutet: Jam: in futuro. Ganz entschieden zur Erläuterung der Sache dient aber und gibt sie in sehr geschickter Weise Gl. Mihi ad leg. 47 (2) D. de usurp. et usuc. (pro soluto) 41,3 (4), welche kurz sagt: Mihi: acquisitive. — Weiterhin handelt es sich bei einer Stelle wol auch um genaue Feststellung des Textes, und übten hierdurch die Glossatoren eine kritische Thätigkeit aus, welche sattsam bekannt und gewürdigt ist; das Resultat derselben ist die sogenannte Lectio vulgata, d. h. diejenige Form des römischen Quellentextes, wie sie die Glossatoren im allgemeinen als richtig annehmen. Glossen, welche Varianten angeben, sind ziemlich häufig und sind auch in neuerer Zeit schon eifrig benutzt worden.[1]

All dies waren Vorbereitungen zu dem größern und schwerern Werk, die einzelnen Quellenstellen in Verbindung miteinander zu bringen, um dadurch zur Herrschaft über den Rechtsstoff, welcher in denselben liegt, zu gelangen. Hierzu bedurfte es, da die Glossatoren absolut keine Vorarbeiten fanden, einer ungeheuern Kenntniß des ganzen Corpus juris; und diese sich mit eisernem Fleiße verschafft zu haben, ist eben ein Hauptverdienst der Glossatoren. Bekanntlich waren ihnen die einzelnen Gesetze des Corpus juris so geläufig, daß sie dieselben nach den Anfangsworten zu citiren pflegten: eine Citirmethode, welche uns heute geradezu undurchführbar scheint, damals aber auch schon deshalb nothwendig war, weil man innerhalb der Titel nach Zahlen nicht wohl citiren

[1] Statt aller andern sei auch hier wieder Savigny genannt; s. Savigny, Geschichte, Bd. III, Kap. 22 und Bd. V, 230—231.

konnte, da in den verschiedenen Handschriften solche sicherlich häufig verschiedene Gesetze bezeichnet haben würden. Jedenfalls ist unbestreitbar, daß die Glossatoren vermittelst ihrer Citirmethode sich gegenseitig einander verständlich zu machen wußten. Auf diese gewaltige Kenntniß der einzelnen Gesetze nun gestützt, geht die Glosse zur Vergleichung derselben miteinander über. Es ist anerkannt, daß die Glossatoren eine Sammlung sich aufeinander beziehender Parallel- oder conträrer Stellen gegeben haben, an welcher selbst heute noch wenig nachzuholen ist. Die Stellenangaben in modernen Lehrbüchern oder ähnlichen Werken stammen meist aus den Noten zu der Gothofredischen Ausgabe des Corpus juris; diese Ausgabe selbst aber hat ihre betreffenden Noten aus Accursius entnommen; häufig wird sich sogar constatiren lassen, daß die Glosse noch ungleich vollständiger ist als Gothofredus; so daß regelmäßig, wenn einmal irgendwo in späterer Zeit eine nicht aus Gothofredus gezogene Parallelstelle auftaucht, man annehmen darf, dieselbe stamme eben nur direct aus der Glosse: im besondern Theile dieser Arbeit werden einzelne Beispiele hierfür beigebracht werden. — Hatte man nun einmal die Parallelstellen beisammen, so handelte es sich darum, sie zu benutzen, um durch sie zur Klarheit über den Rechtszusammenhang durchzudringen. Die Glosse erklärt bald die eine Stelle, indem sie sie der andern subsumirt, bald bilden erst beide zusammen die ganze Regel, bald bestätigen sie einander einfach, bald bildet die eine die Consequenz der andern[1], häufig aber auch scheinen sie sich zu widersprechen, und dann kam es darauf an, den Gegensatz zu beseitigen. So war der Interpretation ein weiter Spielraum geboten; es handelte sich jetzt um Ausführungen, welche in der alten Form der kurzen Interlinear-Glosse sich noch weniger abmachen ließen, als dies bei den einzelne Stellen erklärenden Glossen der Fall gewesen war; und so sind denn diese Art

[1] In Zusammenhang mit dieser Art der Glossen stehen diejenigen, welche mit bisweilen dem Text gegenüber merkwürdiger Freiheit die Folgen der Gesetzesstelle in Bezug auf die Möglichkeit oder den Erfolg einer Rechtsverfolgung erörtern; hier konnte dann später eine praktische Richtung anknüpfen.

Glossen durchweg Marginal-Glossen von einem Umfange, welcher jedenfalls denjenigen der Interlinear-Glosse stets bedeutend übertrifft, wenngleich auch er sehr bedeutend noch nicht zu sein pflegt. Diese Glossen bilden den eigentlichen Kern des Werkes der Glossatoren; der riesige Scharfsinn, welcher aufgewendet ist, um aus den verschiedenen Combinationen zu einem klaren, alle Schwierigkeiten lösenden Verständniß durchzudringen; das durch das eifrige Quellenstudium gewonnene feine Taktgefühl, welches sich im Gegensatze zu einer spätern Zeit hierbei allenthalben in der Glosse bethätigt; die knappe und gehaltvolle, wenn auch häufig unschöne Kürze des scholastischen Ausdrucks: alles dies vereinigt sich hier, um die meisten derartigen Glossen als Muster classischer Interpretation erscheinen zu lassen.

Nach dem Bemerkten versteht es sich von selbst, daß die Hauptstärke der Glossen im Detail, in der feinen Ausführung der Specialfragen besteht, und daß nur das eifrige Streben, in dieser Masse von Kleinigkeiten alle Widersprüche zu beseitigen und jeden Zusammenhang in klares Licht zu setzen, die einigende und verbindende Rolle spielt. Selbst da, wo ein großer und einheitlicher Gedanke zu Grunde liegen mag, zwingt die glossirende Form dazu, denselben in seine einzelnen Bestandtheile zu zerlegen oder ihm nun in den verschiedenen, aus ihm resultirenden Folgen Ausdruck zu verleihen. Inwieweit, wenn wir auf derartige zerstreute Glieder stoßen, die Annahme gerechtfertigt ist, daß wirklich eine gemeinsame Grundidee vorliegt, ist freilich eine schwer zu entscheidende Frage; durchweg wird man aber doch da, wo ganz verschiedene Entscheidungen von Detailpunkten sich unter einem bestimmten gemeinsamen Gesichtspunkt ungezwungen zusammenfassen lassen, annehmen dürfen, der vereinigende Gedanke sei wenigstens in der Empfindung, höchst wahrscheinlich aber auch in dem Geiste des Autors vorhanden gewesen, mag er auch als solcher unausgesprochen geblieben sein.

Die Schwäche der Glosse liegt dagegen in der Aufstellung allgemeiner Sätze, ein Mangel, welcher übrigens die Glossatoren den großen römischen Rechtsgelehrten merkwürdig verwandt zeigt. Wenngleich die Generalia und Definitionen der Glosse hinter

denjenigen der römischen Juristen noch um ein Bedeutendes zurückstehen mögen, so handelt es sich doch um dieselbe Erscheinung, welche nur bei den Glossatoren in dem durch ihre geringere allgemeine Bildung bedingten höhern Grade hervortritt: nämlich um die Ungewandtheit in systematisch-allseitiger und präcis-scharfer Verallgemeinerung. Bei den Glossatoren aber wie bei den römischen Juristen tritt dasselbe Correctiv hinzu; dieses liegt darin, daß beide in dem einzelnen Falle, wenn eine früher aufgestellte, nicht ganz correcte Regel zum Irrthum verleiten könnte, einfach mit staunenerregendem Taktgefühl über jenen allgemeinen Satz hinwegschlüpfen und zum Richtigen greifen: die Glosse freilich meist erst, nachdem sie sich alle erdenkliche Mühe gegeben hat, das von ihr speciell als richtig Erkannte mit der allgemeinen Sentenz zu versöhnen. — Glossen, welche derartige allgemeine Sätze kurz erwähnen, sind allerdings häufig[1]; sehr selten aber solche, welche sich ernsthaft bemühten, die Regel im weitern Umfange durchzuführen und nach ihr eine weiterreichende Materie zu ordnen. Ebenso selten sind Glossen, welche sich eines gerade vorliegenden Gesetzes nur als Anknüpfungspunkt bedienen, um die ganze von der betreffenden Stelle berührte Lehre im Zusammenhange zu besprechen[2]; wenn aber einmal eine derartige Abhandlung sich findet, so trägt dieselbe meist das echt scholastische Kleid der Distinction, d. h. es wird der Oberbegriff in eine Reihe von Unterbegriffen zerlegt, dann werden aus diesen besondern Gruppen noch verschiedene Combinationen gebildet und schließlich wird in Bezug auf die Gruppen die juristische Regel mitgetheilt. Muster einer solchen distinctio ist z. B. die schon erwähnte Glosse des Irnerius, welche Savigny Bd. IV, S. 469, zum Abdruck bringt; s. auch noch Gl. Regula est ad leg. 9 pr. D. de J. et F. Ign. 22,6, wo die Theorie des Irrthums von der Glosse ziem-

---

[1] Die von ihnen in Form kurzer Sätze gegebenen Regeln werden wol, mit einem ganz barbarischen Ausdruck, als Brocarda, Brocardica bezeichnet.

[2] Später wird dies der regelmäßige Fall; jede Lehre erhält ihren locus, d. h. eine Stelle im Corpus juris, bei Gelegenheit welcher sie ganz abgehandelt zu werden pflegt; s. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 115, über die loci ordinarii.

lich doctrinär abgehandelt wird; Gl. Publicus ad §. 5 J. de rer. div. 2,1, über welche vgl. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, III, 210, Anm. 68; oder schließlich auch die Gl. A maioribus ad leg. 11 C. de acqu. et ret. poss. 7,32, auf welche an anderer Stelle ausführlicher zurückgekommen werden wird.

Soviel über die von den Glossatoren hauptsächlich benutzte Weise der Glossen; außerdem haben sie die Resultate ihrer Studien auch noch in einigen Formen niedergelegt, welche freiere Bewegung und größere Ausführlichkeit gestatten. Zunächst und hauptsächlich kommen in Betracht die Summen, d. h. Erörterungen eines ganzen römischen Rechtsbuches, bei welchen die Reihenfolge der Titel, wie sie das summirte Quellenwerk hat, beibehalten, die Darstellung innerhalb des Titels aber eine selbständige ist. In derartigen Werken haben die Glossatoren die Summe ihres Wissens, soweit sie demselben annähernd systematisch-selbständige Gestalt zu geben im Stande waren, niedergelegt; zu eigentlich methodologischer Gestaltung ist man aber nicht gelangt, vielmehr können wir diese Bücher nicht treffender bezeichnen, denn als „geordnete Uebersichten über den Inhalt der gegebenen Abschnitte der Quellen“.[1]

Neben den Summen kommen noch eine Reihe weniger bedeutender Darstellungsarten vor. So hat es nie ganz an Monographien gefehlt, von dem Schriftchen des Bulgarus über die Actionen ab; diese Abhandlungen unterscheiden sich aber von den einzelnen Abschnitten der Summen kaum, außer etwa durch größere Ausführlichkeit, und bedürfen daher keiner weitern besondern Besprechung. Eigener Natur sind hingegen die Controversen-Sammlungen, welche die verschiedenen Meinungen bedeutender Rechtslehrer über einzelne Streitpunkte zusammenstellen und besonders dazu dienen, die Tradition innerhalb der Glossatorenschule von Geschlecht zu Geschlecht lebendig zu erhalten. Weiterhin gibt es Distinctionen-Sammlungen, d. h. mehr oder weniger planmäßige Aufzeichnungen von Distinctionen, seien diese ursprünglich als Glossen entstanden oder von Anfang an selbständig formulirte.

[1] S. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 105 unten.

Quästionen-Sammlungen geben die Erörterung wirklicher oder erfundener Rechtsfälle und der bei der Entscheidung derselben entstehenden Fragen. Unter Brocarda verstehen die Glossatoren die von ihnen, wie bereits bemerkt, bei der Glossirung ziemlich häufig aufgestellten allgemeinen Rechtsregeln; auch diese sind gesammelt worden, z. B. von Azo, welcher eine selbständige Arbeit über sie geschrieben hat, in welcher er die jedesmal entgegenstehenden Sätze zusammenstellt, das Gebiet ihrer Anwendung erörtert und eine Lösung der Gegensätze zu geben versucht. Zu diesen Schriften kommen hinzu die Vorlesungen einzelner Glossatoren, welche gesammelt, zu Büchern verarbeitet und als solche verbreitet wurden. Schließlich sind als Vorläufer der Glossa ordinaria zu nennen die unter dem Namen der Apparatus bekannten, von einem Glossator vorgenommenen Zusammenstellungen von Glossen zu irgendeinem Theile eines Rechtsbuches oder zu einem ganzen Rechtsbuche.

So sind alle möglichen Gestaltungen in der Glossatorenliteratur vertreten, bis auf eine: es fehlen rein systematische Werke; diese, obgleich in der vorbononiensischen Literatur nicht gerade selten, sind bei den Bononiensern völlig verschwunden. Höchstens könnte die Epitome juris des Vacarius in Betracht kommen, welche in der Anordnung der in ihr wiedergegebenen Gesetzesstellen systematische Bestrebungen achtungswerther Natur zeigt.[1] Hingegen ist nicht hierher zu rechnen die von von Schulte sogenannte Summa legum, da diese nach der übereinstimmenden Ansicht von von Schulte und von Groß zu der kanonistischen Literatur gehört, obgleich sie eine recht ansehnliche Kenntniß des Römischen Rechts verräth.[2] Dagegen wäre allerdings an dem Satze, daß die Glossa-

---

[1] S. Wenck, Magister Vacarius, über die Epitome juris des Vacarius. Dieselbe erinnert übrigens sehr stark an gewisse kanonistische Schriften, nämlich an die sogenannten Excerpta; s. von Schulte, Geschichte u. s. w., I, 219. Nimmt man hinzu, daß Vacarius außergewöhnlich weitreichende Kenntnisse im Kanonischen Recht besessen haben soll, so wird es höchst wahrscheinlich, daß er nach dem Muster eines derartigen Werkes gearbeitet hat.

[2] S. von Schulte, in den Sitzungsberichten der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien, 57. Bd., Ueber die Summa legum des Codex

toren keine systematischen Werke geschrieben haben, nicht festzuhalten, wenn Cohn recht hätte, welcher behauptet, die von ihm als „Florentinisches Rechtsbuch" herausgegebene Schrift gehöre der Glossatorenschule an; doch kann eben dies nicht zugegeben werden und wird bezüglich der Widerlegung Cohn's auf S. 76 fg. unten verwiesen.

## §. 4.

### 4. Würdigung der Leistungen des Accursius im besondern.

Aus den Werken aller Glossatoren, aus ihren Glossen sowol als ihren Summen als ihren sonstigen Arbeiten, hat Accursius diejenige fortlaufende Glosse zu dem ganzen Corpus juris civilis zusammengestellt, welche als glossa ordinaria, magistralis oder schlechthin „Glosse" bekannt, sich Jahrhunderte hindurch einer an Ehrfurcht grenzenden Autorität zu erfreuen gehabt hat, um dann später ebenso geschmäht zu werden, wie sie früher gelobt worden war. Ihr Einfluß in dogmengeschichtlicher Beziehung ist außerordentlich groß gewesen, da sie für die Folgezeit die Schriften der einzelnen Glossatoren fast ganz verdrängt, lange auch theoretisch für die Summe aller Weisheit gegolten und später selbst noch in denjenigen Epochen, in welchen die Theorie sie verächtlich behandelte, der Praxis als eine Autorität von hervorragender Bedeutung gedient hat; so gebührt ihr zunächst schon ein eingehendes Studium von dieser Auffassung aus. Halten wir aber ferner an dem Gesichtspunkt fest, daß die Werke der Glossatoren zeigen, wie weit die Wissenschaft des reinen Römischen Rechts, gestützt blos auf Bildung und Philosophie der Frühscholastik, es bringen konnte[1], so erscheint die Accursische Glosse, welche alle Leistungen der Glossatoren zusammenfaßt, auch weiter-

---

Gottwicensis, S. 456 fg.; u. C. Groß, Ausgabe der betreffenden Manuscripte unter dem Titel: Incerti auctoris ordo judiciarius etc. (Innsbruck 1870), S 49; vgl. unten §. 7 Nr. 4.

[1] S. oben S. 45.

hin noch näherer Betrachtung würdig als Fixirung und Klarstellung des Resultats einer bestimmten Stufe der Rechtsbehandlung, als Antwort auf ein rechts-mechanisches Problem, welche mit einer Genauigkeit gewonnen ist, wie sie kaum zur Beantwortung eines physisch-mechanischen Problems durch ein Experiment erzielt werden kann. Gegeben das Römische Recht und die Frühscholastik, beide wirken aufeinander ein; welches wird das Ergebniß sein? Das Ergebniß ist — die Glossa ordinaria.

In Frage gestellt könnte dieser Satz etwa dadurch werden, daß Zweifel darüber aufstiegen, ob denn die Glosse des Accursius wirklich von der Thätigkeit der Glossatoren ein genaues Bild gibt; es ist also noch zu erörtern, wie getreu Accursius den Wissensschatz seiner Autoren der Nachwelt überliefert hat. In dieser Beziehung sind gegen ihn im großen und ganzen eigentlich nie besondere Vorwürfe erhoben worden und scheint er solche auch wirklich nicht zu verdienen. Wenn er auch oft die Form dessen, was er aufnahm, geändert haben mag[1], etwa um es einer größern Glosse einzufügen, so hat er doch inhaltlich, soweit sich dies nach den uns sonst aus jener Zeit erhaltenen Werken constatiren läßt, sich sehr genau an seine Vorlagen gehalten. Sei es nun, daß uns die Ansicht eines Glossators in einer bestimmten Frage aus dessen eigenen Schriften, sei es, daß sie uns aus den Distinctionen-, Quästionen- und Controversen-Sammlungen bekannt ist: stets läßt sich constatiren, daß die Nachrichten dieser Quellen mit den von der Glosse gegebenen Notizen völlig übereinstimmen.

Daß Accursius sich getreu an seine Vorgänger halten mußte, folgt aber auch schon aus der Natur der Sache, da er doch ein solches Riesenwerk, wie die Glosse, unmöglich e propriis, wenn auch mit Benutzung anderer, angefertigt haben kann. Dafür, daß Accursius im allgemeinen die Absicht hegte, jedem von ihm

[1] S. Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio edendi (Berlin 1823), S. 242: .... invenies hos (sc. fontes glossarum Accursii) plerumque quoad sensum tantum, verbis haud parvum mutatis, potissimum epitomatis transsumptos esse, exceptis solis Azonianis, quae Accursius ipsis ab eorum auctore adhibitis verbis transscribere solebat.

Excerpirten das Seinige zu lassen, spricht schließlich auch noch, daß er durchweg zu den Glossen die Siglen ihres Autors hinzugesetzt haben soll; diese Siglen sind freilich in den Handschriften und noch mehr in den Drucken nach und nach größtentheils verloren gegangen; trotz dieses Umstandes aber sind die Citate anderer Glossatoren in der Accursischen Glosse noch außerordentlich häufig. Findet sich, wie auch oft der Fall, unter einzelnen Glossen die Sigle oder selbst der volle Name des Accursius, so beweist dies gar nicht die Absicht des Accursius, die betreffende Glosse für sich als Autor in Anspruch zu nehmen; vielmehr war es Gebrauch bei den Glossatoren, daß der letzte, welcher eine schon vorhandene Glosse neu bearbeitete oder auch nur für sich benutzte, sei es mit, sei es ohne Conservirung der Sigle des eigentlichen Autors, seine Sigle daruntersetzte. Daß Accursius bisweilen so gehandelt hat, kann ihm demnach nicht zum Vorwurf gemacht werden.

So würde die Sammlung des Accursius das Lob vollständiger Genauigkeit und Zuverlässigkeit verdienen, wenn nicht doch bisweilen ein gewisses tendentiöses Verfahren zum Durchbruch käme. Er scheint nämlich von Autoren, welche ihm ihrer persönlichen und wissenschaftlichen Stellung nach nicht ganz genehm waren, verhältnißmäßig weniger Stellen und dann auch noch wol besonders gern solche aufgenommen zu haben, in welchen diese Autoren sich nicht eben von ihrer besten Seite zeigen. Daß er geradezu dazu übergegangen wäre, jenen Dinge unterzuschieben, welche von ihnen nicht herstammten, läßt sich nicht behaupten, vielmehr muß in dieser Beziehung daran festgehalten werden, daß er zuverlässig ist; aber einzelne leichte Nüance-Aenderungen zu Ungunsten z. B. des Placentinus müssen ihm allerdings zur Schuld gelegt werden. Dieses Verfahren, so selten und ausnahmsweise er es eingeschlagen hat, verdient freilich, besonders bei einem Sammler, schweren Vorwurf; bedenkt man aber, wie wenig ausgebildet damals noch das Gefühl literarischer Ehrlichkeit war, und nimmt man hinzu, daß in der Regel Accursius sich doch so unparteiisch zeigt, daß er bisweilen sogar den Ansichten eben jener Glossatoren beistimmt, gegen welche er sonst

wol eine gewisse Antipathie an den Tag legt: so darf man geneigt sein, ihn schließlich trotzdem zu entschuldigen.

Der Werth und die Zuverlässigkeit der Glosse werden dadurch nicht verringert, daß Accursius auch einiges selbständig zugefügt hat; denn schließlich ist er doch selbst noch ein Glossator und konnte ohne irgendwelche Unbescheidenheit oder Impietät, aber auch ohne dadurch das Gesammtbild zu fälschen, seine Lehrmeinung neben diejenige seiner Zeitgenossen oder unmittelbaren Vorgänger hinstellen. Wie oft er dies gethan habe, ist schwer zu beurtheilen; sicher aber läßt sich behaupten, daß es nicht so oft geschehen ist, wie man wol früher annahm. Eine weitverbreitete Ansicht meint nämlich, er habe die sämmtlichen alten Schulcontroversen durch von ihm ausgehende vermittelnde Entscheidung gelöst; davon ist aber nur wahr, daß er meist sich einer der beiden entgegenstehenden Theorien anschließt und dann allerdings später durch die Autorität seines Namens die von ihm gebilligte Meinung als die entschieden richtige betrachtet wurde, womit dann der Streit beigelegt war. Accursius ist aber gerade bei der Entscheidung derartiger Controversen häufig so vorsichtig, daß ihm von anderer Seite wieder der Vorwurf gemacht wird, er habe seine Ansicht von der Sache nicht klar genug hervorgehoben; ein Vorwurf, auf welchen wir zurückzukommen haben werden.

Ist so zunächst festgestellt, daß Accursius, im allgemeinen wenigstens, des Willens war, seine Autoren genau und gewissenhaft zu reproduciren, daß er auch durchweg in den einzelnen Glossen dies gethan hat; so entsteht nun die weitere Frage, ob es ihm geglückt ist, die von ihm gesammelten Excerpte zu einem großen Ganzen zu verschmelzen, alles Wichtige aufzunehmen, Unbedeutendes und Unwesentliches wegzulassen, Widersprüche und Wiederholungen zu vermeiden, das Gegebene, soweit bei der glossirenden Form möglich, in klarer und übersichtlicher Form zu gruppiren, kurz, ob wir in seiner Glosse ein durch Composition und innewohnenden Geist eigenes, individuelles Werk des Accursius — oder nur eine von jedem beliebigen, etwas belesenen Autor veranstaltbare halt- und principlose Sammlung vor uns haben. Fast durchweg ist man vom 16. Jahrhundert an der Meinung

gewesen, es sei dies letztere der Fall, sodaß man nun Accursius auf den Rang eines gewöhnlichen Compilators herabsetzte, nachdem er bis dahin als eine Art von Halbgott verehrt worden war. Selbst solche Autoren, welche den Glossatoren im allgemeinen Lob zollen, haben wol Accursius getadelt als denjenigen, welcher die Schriften der Glossatoren der Nachwelt in trauriger Entstellung überliefert habe, sei es, daß sie annahmen, er habe aus natürlicher Ungeschicklichkeit und Oberflächlichkeit gehandelt, sei es, daß ihm gar böse Absicht untergeschoben wurde.[1] Ja, man hat dann wol, um die frühern Glossatoren ganz rein zu waschen und in besonders helles Licht zu stellen, sich nicht gescheut, ohne weiteres alles Unzutreffende in der Glosse dem Accursius, alles Gute, was die Glosse enthält, seinen Vorgängern, eben jenen frühern Glossatoren, zuzutheilen; nach dieser letztern Richtung scheint sogar ein Savigny, dessen Urtheil ein im ganzen ziemlich abfälliges ist, noch ein wenig zu incliniren. Nun wollen wir freilich hier durchaus nicht in das entgegengesetzte Extrem verfallen[2] und die Glossa ordinaria als das Muster einer mit Fleiß, Vorsicht, Gründlichkeit, Sachkenntniß und Unparteilichkeit angefertigten Sammlung hinstellen. Andererseits scheint denn aber doch so viel von vornherein klar zu sein, daß ein Werk, welches Jahrhunderte hindurch eines ganz immensen Rufes genossen hat, welches sofort nach seiner Abfassung zu unerhörtem Ansehen gelangte, welches von so vielen hervorragenden Juristen gelobt worden ist und welches einen solchen Einfluß auf die gesammte Rechtsentwickelung dauernd geübt hat, wie dies bei der Accursischen Glosse alles der Fall ist, nicht so ganz schlecht abgefaßt und oberflächlich zusammengestückelt sein kann; ja, von

---

[1] Der Ruf von dem schlimmen Accursius war im 16. Jahrhundert sogar zu den nichtjuristischen Schriftstellern gedrungen, wie folgende Stelle des Rabelais (Pantagruel, Chap. 5, Lib. 6, in meiner Ausgabe S. 335) beweist: La glose de Accurse est tant sale, tant infame et punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie.

[2] Wie z. B. Sarti, welcher sicherlich ganz mit Unrecht das Verfehlte in der Glosse den frühern Glossatoren, das Gute dem Accursius zuschreibt; vgl. Savigny, V, 289—290.

alledem abgesehen, ist es kaum möglich, daß überhaupt ein Mann, welcher nicht eine umfassende Gelehrsamkeit und einen entsprechenden Sammler- und Ordnungssinn gehabt hätte, eine derartige Leistung, wie das bloße Zusammenstellen passender Glossen aus der Mehrzahl der damaligen Autoren und ihren gewaltigen Folianten zu allen Stellen des ganzen Corpus juris civilis in der That ist, zu Stande gebracht haben sollte. Es wird also auch hier wol ein gewisser Mittelweg einzuschlagen sein.

Zunächst wird Accursius der Vorwurf gemacht, daß er zu viel von den alten, rein lexikographischen Interlinear-Glossen beibehalten habe, welche zu ihrer Zeit nützlich gewesen sein möchten, bei dem vorgeschrittenen Studium der Jurisprudenz zur Zeit des Accursius aber nicht mehr nöthig gewesen seien. Erstens dürfte dieser Fehler, wenn es ein solcher ist, nicht schlimm sein; diese kleinen, verschwindend kurzen Interlinear-Glossen bringen gewiß weder Störung für den Sinn des Ganzen, noch längern Aufenthalt hervor; daß sie unelegant sind, mag zugegeben werden; aber auf Eleganz muß man allerdings bei der Glosse verzichten. Weiterhin wird dann aber auch schwer zu bestimmen sein, wie weit die Sprachkenntnisse in den etwas mehr als 100 Jahren, welche den Beginn der Accursischen Glosse denn doch nur von Irnerius trennen, durchschnittlich gewachsen waren; manche sprachliche Notiz mag im 13. Jahrhundert noch ebenso angebracht für Schüler und Anfänger gewesen sein, wie sie es zu Anfang des 12. Jahrhunderts war. Schließlich war die Beibehaltung jener Interlinear-Glossen nur ein Act der Pietät gegen ihre Autoren, und bestimmt würde Accursius ebenso, wie er jetzt wegen Conservirung derselben hart angelassen wird, manchen Tadel wegen rücksichtslosen Verfahrens gegen seine Meister erfahren, wenn er jene Glossen gestrichen hätte.

Was dann weiter die Auswahl der sonstigen Stücke betrifft, so ist allerdings zuzugeben, daß Accursius bei derselben einzelne Glossatoren etwas vernachlässigt hat, wie dies schon bemerkt worden ist. Hier, wo wir fragen, ob die ausgewählten Stücke die richtigen waren, um ein möglichst gutes Ganze zusammenzustellen, fällt aber die persönliche Frage ganz weg und wir haben

nur dann Accursius etwas vorzuwerfen, wenn die von ihm vernachlässigten Autoren wirklich Besseres geboten haben sollten als das, was er aufgenommen hat. Dies muß jedoch völlig geleugnet werden; besonders wenig beachtet sind Martinus und Placentinus; die übertriebenen Billigkeitsrücksichten des erstern, die Vorliebe des letztern für dialektische Seitensprünge lassen diese beiden aber auch entschieden als die für den Versuch, einen dogmatisch festen Standpunkt zu gewinnen und festzuhalten, weniger geeigneten erscheinen. So hervorragend Tüchtiges sie auch geleistet haben, so sehr besonders auch Placentinus als scharfer Denker unsere Anerkennung verdient, die sichere und stetige Rechtsentwickelung hat dadurch, daß jene im ganzen von Accursius weniger beachtet worden sind als Bulgarus, Johannes Bassianus und Azo, nur gewonnen. Uebrigens ist es selbst mit der seltenern Benutzung des Martinus und Placentinus durch Accursius nicht gar so schlimm; eine Zusammenstellung der genauen Anzahl der Fälle, in welchen jene beiden in den die Lehre vom Eigenthum behandelnden Glossen erwähnt werden, hat den Verfasser zu dem Ergebniß geführt, daß Martinus fast so oft wie Bulgarus, Placentinus fast so oft wie Johannes Bassianus in der Glosse vorkommen, während freilich Azo bei weitem dominirt. Nur das ist allerdings richtig, daß Accursius häufiger der Meinung des Bulgarus, Johannes Bassianus oder Azo sich anschließt als derjenigen des Martinus oder Placentinus; das Recht aber, nachdem er beide Theile angeführt hat, für den einen oder andern frei zu entscheiden, wird man Accursius doch wol ungeschmälert zusprechen müssen. Uebrigens gehört die Frage, wie Accursius entscheidet, gar nicht hierher, wo es sich blos darum handelt, ob er bedeutende Autoren in der Excerpirung ungebührlich vernachlässigt habe; und da erscheint das für die Lehre vom Eigenthum festgestellte Verhältniß der Benutzung gewiß als ein ganz passendes.

Der Hauptvorwurf aber, welcher dem Accursius gemacht wird, ist derjenige mangelnder Klarheit. Hier heißt es nun allerdings sich verständigen. Der moderne Leser ist geneigt, wenn er über die Meinung eines Schriftstellers, einen bestimmten Punkt

betreffend, sich Klarheit verschaffen will, das Buch desselben bei demjenigen Kapitel aufzuschlagen, welches gerade die fragliche Materie behandelt, etwa noch zuzusehen, welches der allgemeine Gang der Untersuchung ist, und dann ziemlich mühelos an der systematisch richtigen Stelle das zu finden, was er sucht. Dasselbe Verfahren wird dann wol auch häufig auf die Glosse angewendet; man will ihre Ansicht über die Interpretation einer Gesetzesstelle kennen lernen; nun, so schlägt man in einer glossirten Ausgabe jene Stelle auf und liest die Glossen ad hanc legem mehr oder weniger aufmerksam durch. Da findet sich nun eine Reihe von Citaten in der höchst unbequemen Manier der Glossatoren; der sehr eifrige Forscher läßt sich die Mühe nicht verdrießen, noch eine Anzahl derselben aufzusuchen: dann glaubt er aber auch bestimmt zu wissen, was die Glosse über diesen Punkt lehrt. Daß man bei derartigem Verfahren[1] nun manches dunkel und unklar findet, auch wol dazu kommt, sich über die Ansicht der Glosse zu täuschen, ist nicht zu verwundern. Denn was eben die Errungenschaft der Neuzeit ist, die Kunst, durch systematisches Verfahren alles auf einen Punkt Bezügliche übersichtlich zusammenzufassen, durch die bloße Stellung eines Abschnitts im Ganzen den methodischen Zusammenhang aufzuklären, mit wenigen allgemeinen Bemerkungen eine Menge von Einzelheiten zu umspannen: das geht den Glossatoren und der Glossa ordinaria selbst so weit ab, als es etwa noch mit der glossirenden Form vereinbar wäre. Vielmehr kann man bei ihr nur dadurch, daß man Glosse zu Glosse fügt, Getrenntes verbindet und Zusammenstehendes in seine Theile auflöst, hauptsächlich aber nur dadurch, daß man auch die entferntern auf denselben oder einen ähnlichen Punkt bezüglichen Glossen hinzunimmt, dazu gelangen, sich ein Bild zu machen, welches allerdings wol nie die Schönheit und Glätte, Resultate einheitlicher Production und schwungvoller Pinselführung, wie sie ein Rafael bietet, aufweisen, aber als künst-

[1] Freilich kann es andererseits kaum jemand zugemuthet werden, etwa blos eines geringfügigen Details halber weitgehende Glossenstudien mit dem dazu nothwendigen Zeitaufwand anzustellen.

liche, detailfeine Mosaik-Composition in der Art altbyzantinischer Muster bisweilen trotz der Eckigkeit und Steifheit der Formen eine merkwürdige innere Vollendung zeigen wird. Wenn es daher allerdings mitunter weitschichtiger Arbeit bedarf, um bezüglich der Meinung des Accursius zur Klarheit durchzudringen, so ist die Ursache eben in der Systemlosigkeit seiner Zeit, in den durch die glossirende Form gegebenen Schwierigkeiten und schließlich wol auch in der lästigen Citirmethode der Glossatoren zu suchen; daß es deshalb einer gewissen Uebung, besonders auch einer Kenntniß der damaligen scholastischen Terminologie in ihren Einzelheiten bedarf, um die Glosse mit Erfolg zu studiren, soll nicht ganz geleugnet werden; aber alle diese Verhältnisse begründen ebenso wenig gegen Accursius wie gegen seine Vorgänger einen gerechten Vorwurf. Hingegen ist nicht zu verkennen, daß Accursius bei Controversen und Stellen-Interpretationen manche Ansicht und manche Combination aufgenommen hat, welche er füglich als ganz unbedeutend und irrelevant hätte weglassen können. Er pflegt durchweg solche Erklärungen selbst schon durch den ganzen Stil des Vortrags als wissenschaftlich werthlos und weiterer Beachtung nicht würdig zu charakterisiren, sei es, indem er sie haufenweise anführt, dann aber bei der Entscheidung ganz unbeachtet läßt, sei es, indem er ausdrücklich auf ihre Schwäche hinweist. Durch die Zufügung dieses vielfach die wirklich interessanten und durchdachten Ausführungen umgebenden, nicht mehr recht brauchbaren Materials, welches als solches zu erkennen und auszuscheiden doch nicht immer ganz einfach ist[1], wird die Schwierigkeit eines klaren Verständnisses der Glosse bedeutend erhöht; der Vorwurf, seine Arbeit durch Aufnahme derartigen Ballastes weniger genießbar gemacht zu haben, kann daher Accursius nicht erspart bleiben; sei es nun, daß er die betreffenden Notizen beibehalten hat aus Achtung vor den Autoren, von welchen sie herrühren, sei es, daß

[1] Eben mit der Lösung der hierdurch gestellten Aufgabe, das schon von Accursius als werthlos und veraltet Gegebene von dem übrigen Material zu sondern, wird sich jeder, welcher mit der Glosse arbeiten will, vielfach zu beschäftigen haben.

er sie zur Erzielung einer möglichst unbedingten Vollständigkeit, wie sie damals den Schriftstellern zur besondern Pflicht gemacht wurde, nicht geglaubt hat weglassen zu dürfen.

Besonderer Undeutlichkeit hat man nun den Accursius deshalb geziehen, weil er dort, wo er von juristischen Controversen berichtet, nicht mit wünschenswerther Klarheit bemerkt habe, welcher Meinung er beitrete. Hiergegen ist zunächst einzuwenden, daß ein solcher Vorwurf doch nur stichhaltig wäre, wenn Accursius hätte als Gesetzgeber auftreten wollen. Nun aber war er ein Sammler und wollte blos ein solcher sein; da kann man es ihm doch nicht so schlechthin verargen, wenn er bisweilen nur über die verschiedenen Ansichten berichtet, ohne seine eigene Anschauung von der Sache zu geben. Sehe man doch zu, welcher moderne Gelehrte sich wol dazu verstehen wollte, zu allen Streitfragen, soviel ihrer bei der Interpretation des ganzen Corpus juris entstehen, seine präcise Entscheidung zuzusetzen! Den spätern Autoren allerdings, welchen die Glossa ordinaria ein Gesetzbuch oder fast noch mehr als ein Gesetzbuch war, wäre es gar erwünscht gewesen, wenn sie das, was sie, weil es von Accursius approbirt war, für Wahrheit hielten, „so mit baren, blanken Worten" vorgefunden hätten. Sie machten sich sogar, da dies eben nicht der Fall war, äußerliche Regeln und aus diesen wieder ein ganzes, nach der Wortstellung, den Anfangsworten u. s. w. verfahrendes System zurecht[1], um die Wahrheit stets recht bequem finden zu können; aber diese traurigen Erscheinungen einer After-Jurisprudenz können doch unser Urtheil nicht beeinflussen.

War es demnach gar nicht die Pflicht des Accursius, zu den von ihm auseinandergesetzten Controversen auch stets die Ent-

---

[1] Ein solches hat z. B. Diplovataccius, s. Savigny, V, 293; da dies aber weder sachlich zutreffend, noch etwa allgemein als Hülfsmittel der Accursius-Interpretation zu irgendeiner Zeit recipirt ist, so verdient es weiter keine Beachtung. Nur die eine Bemerkung, daß, wenn sonst kein Erkennungszeichen vorhanden, man die letzterwähnte Ansicht als die von Accursius gebilligte zu betrachten habe, scheint häufig zutreffend zu sein, da Accursius allerdings die Gewohnheit hat, seine Ansicht an letzter Stelle zu bringen. Danach hätte eine feste Entscheidung gewinnen können z. B. auch Fitting, Castrense peculium, S. 73, Anm. 7.

scheidung zu liefern, so ist weiterhin zu bemerken, daß in den bei weitem allermeisten Fällen sich doch auch, wennschon bisweilen nur mit einiger Mühe, erkennen läßt, wie sich Accursius zu der fraglichen Streitfrage stellt. Aus den ausdrücklichen Worten der einzelnen Glosse geht dies allerdings mitunter nicht hervor; aber durch Benutzung sei es einer Parallelstelle, sei es des Zusammenhanges, sei es der Art und Weise der Gesammtdarstellung, gelingt es trotzdem fast regelmäßig, zu einem bestimmten Resultat zu gelangen.

Hiermit dürften wol auch die relativ begründeten unter den dem Accursius gewöhnlich gemachten Vorwürfen ihre Widerlegung, oder wenigstens, soweit eine solche bezüglich einiger Punkte nicht möglich, ihre Entschuldigung gefunden haben; wir gehen nunmehr dazu über, zuzusehen, was an seinem großen Werke zu loben ist. — Von Originalität der Erfindung kann allerdings die Rede nicht sein; schon vor Accursius waren apparatus zu Rechtstiteln oder ganzen Rechtsbüchern geschrieben worden, welche im wesentlichen seiner Arbeit als Vorbild gedient haben mögen.[1] Dagegen ist es aber doch wol ein Verdienst, eine solche Arbeit, wie die Glossa ordinaria, überhaupt durchgeführt zu haben; Arbeitskraft, Belesenheit, Geduld und Ausdauer werden Accursius gewiß nie abgestritten werden können. Weiter ist dann aber auch, mag man auch an den Einzelheiten noch so viel mit Recht auszusetzen finden, die Glossa ordinaria ein Werk aus Einem Guß. Aus diesen fortwährend sich gegenseitig anziehenden Glossen, dieser Menge sich bunt durchkreuzender Fäden, dieser Fülle von Detailerörterungen und Specialfragen: aus ihnen allen zusammen bildet sich ein Ganzes, welches, wenn es auch kein methodologisch geordnetes ist, doch seine innere Zusammengehörigkeit schon dadurch documentirt, daß nach ihm eine Reconstruction der gesammten Rechtsanschauung der Glossatoren sich möglich erweist, und zwar

---

1 Abgesehen von der Frage, ob die Glossa ordinaria zum Decret nicht schon vor der Glosse des Accursius abgefaßt war, was in letzter Zeit durch von Schulte völlig nachgewiesen zu sein scheint. S. von Schulte, Die Glosse zum Decret Gratian's von ihren Anfängen bis auf die jüngsten Ausgaben, §. 17, Entstehungszeit, S. 76—77.

eine Reconstruction, welche ein reichgegliedertes, aber stilvolles, in Hauptzügen und Einzelheiten aufeinander passendes und mit allen seinen Theilen in Einklang stehendes Gebäude vor uns erstehen läßt. Aufgabe des zweiten Theiles der vorliegenden Arbeit wird es sein, an der Lehre der Glosse vom Eigenthum die Möglichkeit eines derartigen, vermittels des von Accursius gelieferten Materials vorzunehmenden Wiederaufbaues zu zeigen.

Gestattet man, den Nachweis dieser Möglichkeit einstweilen als geliefert vorauszusetzen, so dürfte nunmehr ein nicht zu günstiges, aber wohlwollendes Schlußurtheil dahin zusammenzufassen sein, daß es Accursius trotz mancher Schwächen, Längen und Eigenheiten im großen und ganzen gelungen ist, das, was die Glossatorenschule an wissenschaftlichem Material gesammelt und zur Interpretation des Römischen Rechts beigebracht hat, in ein großes Ganze zu vereinigen, welches den Eindruck, welchen die in dasselbe aufgenommenen Theile einzeln gemacht haben würden, ziemlich getreu wiedergibt und daher als trefflicher Abschluß der Epoche der Glossatoren bezeichnet zu werden verdient.

Wir besitzen die Nachricht [1], die Republik Florenz habe im Jahre 1396 beschlossen, Accursius ein Denkmal zu setzen, doch sei dasselbe nicht zur Ausführung gekommen. Jetzt, in neuester Zeit, ist dies nachgeholt worden. Wenn man in Florenz von dem reichen und würdigen Platz der Signoria aus durch eine Lücke zwischen dem alten Palast und der statuengeschmückten Loggia dei Lanzei sich durchwindet, so befindet man sich in einer an beiden Langseiten von Säulenhallen umgebenen, durch ebensolche an der dem Arno zu, dem Eintretenden gegenübergelegenen Schmalseite abgeschlossenen, platzartigen Straße. Jene Säulenhallen tragen Ein großes Gebäude, dasjenige der Ufficien, in deren obern Sälen die hervorragenden florentinischen Gemälde und Antiken vereinigt sind; die Säulengänge unten waren bis vor kurzem schmucklos, nunmehr sind sie mit den Statuen berühmter Florentiner geschmückt, unter welchen denn auch Accursius seinen

[1] S. Savigny, Geschichte, V 276.

Platz erhalten hat. Und so geziemte es sich; war er eines großartigen Monuments, wie des im Jahre 1396 geplanten, vielleicht nicht völlig würdig; unter die Menge der hervorragenden Gelehrten, Staatsmänner und Künstler, welche Florenz hervorgebracht hat, kam es ihm mit Recht zu, aufgenommen zu werden.

## §. 5.

## 5. Die Postglossatoren.

Nachklänge der aussterbenden Glossatorenschule, zahlreiche Namen und schwache Leistungen füllen die zweite Hälfte des 13. Jahrhunderts aus. Für uns erwähnenswerth ist nur, was wol über den Sohn des Accursius, namens Cervottus, und über dessen angebliche, als schlecht berüchtigte Zusätze zu der Glosse seines Vaters berichtet wird; doch genügt es, hierfür auf Savigny[1] zu verweisen, wo sattsam ausgeführt ist, wie unbedeutend jene Zusätze sind und wie unbegründet jener Tadel erscheint.

Aus derselben Zeit stammen noch die in allen spätern glossirten Ausgaben des Corpus juris befindlichen sogenannten Casus, d. h. längere Darstellungen des einer jeden römischen Textesstelle zu Grunde liegenden Rechtsfalles. Dieselben gehören nicht zur Glosse, sind auch immer mit Recht nur als Supplement zu derselben betrachtet worden und haben besonders niemals irgendwelche außergewöhnliche Autorität erlangt; hieraus folgt, daß es bei Glossenstudien wohl zu vermeiden ist, sie mit den eigentlichen Glossen zu verwechseln. Weitere als diese negative Bedeutung haben sie für uns nicht.

Das ganze 14. und 15. Jahrhundert hindurch hat dann Italien wieder eine Epoche des blühenden Rechtsstudiums zu verzeichnen, welche als diejenige der Postglossatoren oder Commentatoren bekannt ist, häufig aber nicht streng genug von der Zeit der eigentlichen Glossatoren geschieden wird. Um die für diese letztern in den vorigen Paragraphen versuchte Charakteristik

---

[1] Savigny, Geschichte, V, 323—330.

durch die Hervorhebung des Gegensatzes zwischen ihnen und den Postglossatoren zu ergänzen, und zugleich dann auch zur Erzielung einer gewissen Abrundung in diesem historischen Ueberblick möge jene zweite Periode der italienischen Jurisprudenz noch mit einigen Worten berührt werden.[1]

Wie die Glossatoren von der kraftvollen Erhebung der lombardischen Städte zu ihrer Zeit, so sind die Postglossatoren von dem Verfall beeinflußt, welcher mit dem 13. Jahrhundert eben in jenen Städten beginnt, sei es nun, daß der niedere Pöbel, sei es, daß einzelne Tyrannen sich der Gewalt bemächtigten. — Hauptsächlich aber lag es in der Sache selbst, daß eine andere Richtung der Jurisprudenz aufkam. Die fortgesetzte analytische Thätigkeit der Glossatoren mußte zum Verfall führen, da, nachdem sie eine Zeit lang sich dienlich erwiesen hatte, man nur noch Unbedeutendes bezüglich der analytischen Interpretation des Corpus juris zu leisten fand, sodaß man entweder in die äußersten Details zu gehen, oder frühere Interpreten zum Gegenstande der Interpretation zu machen genöthigt war. Das Heil konnte unter diesen Umständen nur von zwei Seiten kommen: indem man entweder von der analytischen zu der durch sie ermöglichten synthetisch-systematischen Richtung überging, oder die Analyse von dem rein theoretischen Gebiet, auf welchem sie sich bisher bewegt hatte, auf das praktische übertrug. Ersteres war der damaligen Zeit unmöglich; letzteres geschah. Die Commentatoren sind innerlich Praktiker[2], wie die Glossatoren Theoretiker gewesen sind; und wie wir früher gesehen haben, daß die für die Glossatoren charakteristische theoretische Rechtsauffassung damit zusammenhing, daß sie sich einzig und allein um römisches Recht kümmerten, so zeigt sich nun auch der praktische Sinn der Commentatoren darin, daß sie Kirchen- und Statutarrecht absichtlich in den Kreis ihrer

[1] Vgl. Savigny, Geschichte, VI, 1—25 und Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 106 fg.

[2] Die Darstellungsweise bleibt freilich häufig der zur Zeit der spätern Glossatoren üblichen ähnlich, was damit zusammenhängt, daß man den Gegensatz, in welchem man sich zu diesen befand, durchaus nicht empfand; aber darum ist dieser Gegensatz innerlich nichtsdestoweniger vorhanden.

Untersuchungen ziehen und außerdem, theilweise unbewußt, germanischen Rechtsanschauungen bedeutenden Einfluß auf ihre Ansichten einräumen. So ist denn die Mission der Glossatoren die gewesen, das Verständniß des Römischen Rechts wieder aufzuschließen und, unbekümmert um alles Weitere, so weit zu fördern, daß dann die Postglossatoren ihre Mission erfüllen konnten, nämlich die, das Römische Recht auf die veränderten modernen Zustände anwendbar zu machen, wodurch das vielfach umgemodelte Rechts-Ganze erst fähig wurde, im wirklichen Leben sich zu bethätigen und besonders auch in Deutschland recipirt zu werden.[1] Dieses näher auszuführen, zu zeigen, wie die Commentatoren das Römische Recht den mittelalterlichen Zuständen angepaßt haben[2]; zu schildern, wie die Resultate der Arbeit der Postglossatoren in Form der communis opinio[3] auftraten, welche, wenn sie auch nie genau formulirt und in ihren Einzelheiten völlig zusammengefaßt wurde, doch sich nach und nach unter dem Einflusse des Bartolus und Baldus fixirte und gegen Ende des 15. oder zu Anfang des 16. Jahrhunderts einem gewissen Abschlusse näherte; nachzuweisen, wie diese communis opinio gar bald zu einer Macht der Autorität aufwuchs, unter deren Joch die spätere Zeit und besonders die Praktiker Italiens und Deutschlands sich noch gar viel tiefer beugten, als die Commentatoren jemals unter dasjenige der Glossa ordinaria sich gebeugt hatten;

[1] Vgl. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 111 fg.

[2] Recht häufig mit fast absichtlicher Verkennung des echt Römischen, wobei dann diejenige Technik in Anwendung kam, welche Ihering als „tendentiöse Interpretation" (Ihering, Geist des Römischen Rechts, II, §. 44) bezeichnet hat; so Fitting, das Castrense peculium, S. 549, Anm. 4 und Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 112; vgl. auch oben S. 29.

[3] Eigentlich reden Commentatoren und spätere Praktiker nur von communis opinio betreffend irgendeine bestimmte Frage, da eben die Zusammenfassung aller solcher communes opiniones zu einem übersichtlichen Ganzen fehlt; doch kann wol, wenn man die local getrennten communes opiniones verbindet, das Resultat der Arbeit der Postglossatoren ebenso als „communis opinio" bezeichnet werden wie dasjenige der Arbeit der Glossatoren, welches in den von Accursius gesammelten glossae vorliegt, als glossa erwähnt zu werden pflegt.

— denn die Postglossatoren hatten doch, auf der Glosse fortbauend, eben jene neue Form des Römischen Rechts zu bilden gewußt, von welcher als communis opinio hier die Rede ist; klarzulegen, wie dann diese communis opinio die deutsche Praxis so lange absolut beherrscht hat, bis mit dem 17. Jahrhundert, zum ersten mal in Deutschland, eine praktisch brauchbare Umarbeitung des römischen Rechtsstoffes nach eigenen Gesichtspunkten versucht wird, ein Versuch, welcher gegen Ende des 17. Jahrhunderts mit der Aufstellung und dem Siege des usus modernus Pandectarum endet: — all dies zu thun, wäre die Aufgabe einer eigenen, in gewisser Hinsicht die Fortsetzung der vorliegenden bildenden Arbeit.

Alles, was die Postglossatoren specieller betrifft, bleibt daher einer derartigen Arbeit besser vorbehalten; nur Eins ist, um die zwischen Glossatoren und Commentatoren versuchte Parallele zu vervollständigen, hier noch hervorzuheben. Ist nämlich früher darauf insistirt worden, daß die Glossatoren dem Zeitalter der Frühscholastik angehören, so kann das damals hervorgehobene merkwürdige Zusammentreffen im Zeitpunkte (1220—1250) des Beginns der spätern Scholastik und des Endes der Glossatorenschule doch erst jetzt in seiner Bedeutung völlig gewürdigt werden, wenn wir sehen, wie derjenige Geist, welcher die Scholastik noch 1250 beherrscht, sich auch der Jurisprudenz der Postglossatoren bemächtigt. Wir sind aber sogar im Stande, genau den Weg zu verfolgen, auf welchem die Aenderung von der Philosophie sich auf die Rechtswissenschaft übertragen hat.

Ihre hauptsächliche Pflegestätte hat die Scholastik fast das ganze Mittelalter hindurch in Paris gefunden; gerade zu Beginn der Postglossatorenzeit sehen wir aber eine ganze Gruppe französischer Juristen, die sogenannten ultramontani, mit den Italienern in nahe Beziehung treten; und von einem dieser Franzosen, Jacobus de Ravanis[1], wird uns nun berichtet, er habe

[1] Geboren in den Jahren zwischen 1210 und 1215, gestorben 1296; s. Savigny, Geschichte, V, 605—615, besonders 609; vgl. L. Chiapelli, Cino

zuerst „die Dialektik in die Jurisprudenz eingeführt". Dieser hat dann den Cinus[1], letzterer wieder Bartolus, seinen Schüler, beeinflußt; und so steht die ganze Postglossatoren-Schule von Bartolus oder richtiger schon von Cinus ab unter der Herrschaft dieser sogenannten „Dialektik". Diese ist aber offenbar weiter nichts als gerade das für die neue Periode der Scholastik Charakteristische, wie sich sofort zeigt, wenn wir näher auf die neuen Erscheinungen in der Jurisprudenz eingehen, welche wol als Folgen jener „dialektischen" Richtung erscheinen, bei Bartolus schon in hohem Grade auftreten, bei den Spätern aber immer noch mehr Gebiet gewinnen und schließlich völlig überwuchern. Da ist zuletzt die Disputirkunst für den Rechtslehrer eine Hauptsache geworden; unendliche Distinctionensucht, massenhafte arabisch-aristotelische Spitzfindigkeiten, byzantinisch-aristotelische Wortklügeleien[2] sind eingerissen; die Schriften dehnen sich immer mehr ins Endlose aus; die Sophistik wird um ihrer selbst willen betrieben. Wie man sich in der Logik damit unterhält, besonders schwer lösbare logische Räthsel, die sogenannten Insolubilia, zu construiren, so wird es ein Hauptvergnügen der Juristen, möglichst verzwickte Casus aufzustellen und dieselben auf noch verzwicktere Art zu entscheiden; während früher die einzelnen logischen Rubriken, wie sie der Aristotelismus an die Hand bot, nur soweit gerade passend und nützlich herangezogen wurden, tritt jetzt der Misbrauch der steten Angabe der vier Gründe und der scholastisch-systematischen Durchsprechung eines Themas nach der ganzen Reihe vorher bestimmter Gesichtspunkte auf, wobei dann häufig ganz Selbstverständliches gesagt werden muß, damit nur ja alle Kategorien erschöpft werden; so wird uns z. B. bei jedem Anlaß, bei jeder Kleinigkeit immer wieder versichert: Causa effi-

---

da Pistoia (Pistoia 1881), S. 167 und 193 fg.; noch weit stärker betont den Einfluß der ultramontani Karsten, Die Lehre vom Vertrage, S. 136 fg.

[1] Lebte 1270—1333; s. Savigny, Geschichte, VI, 73—97, besonders 87 fg., und Chiapelli a. a. O.

[2] Sogar die byzantinischen Ausdrücke: Suppositio, subiectum spielen ihre Rolle; s. Ratjen, Vom Einflusse der Philosophie, S. 8—9.

ciens prima deus[1]; zugleich häufen sich in den Text aufgenommene Citate so, daß die Sätze in lauter einzelne Worte zerrissen werden; kurz, zur Zeit des beginnenden 16. Jahrhunderts liegt ein Zustand der Entartung vor, wie er genau der damaligen Entartung der Scholastik entspricht. Die hier gegebene Schilderung bezieht sich allerdings eben nur auf jenen schimmsten Moment; zur Zeit des Bartolus beginnt erst die Entwickelung, deren äußerster Grad hier als derjenige, welcher sich leichter mit einigen scharfen Strichen charakterisiren läßt, zum Gegenstande der Darstellung gemacht worden ist. Nöthig war aber hier die Erörterung dieses traurigen spätesten Zustandes italienischer Rechtswissenschaft auch deshalb, weil man meist den Italienern schlechtweg diejenigen Vorwürfe zu machen pflegt, welche doch eben nur jene Zeit, nicht die frühern Commentatoren und gewiß erst recht nicht die Glossatoren verdienen; es ist deshalb der ausgesprochene Gegensatz, in welchem besonders diese letztern zu der Zeit des Verfalls stehen, hier zum Schlusse unsers historischen Ueberblickes nochmals besonders zu betonen.

---

## II. Benutzte Ausgaben.

### §. 6.

### 1. Ausgaben von Werken der vor-Irnerischen Literatur.

Ich führe hier alle Werke an, welche ich zum Vergleich herangezogen habe, sollte ich auch in irgendeinem derselben nichts für mich Brauchbares gefunden haben; denn dann ist eben der Umstand von Interesse, daß in dem fraglichen Werke solche Ansichten und Ausdrücke, mit welchen die Lehre der Glosse vom

---

[1] Wer sich überzeugen will, wie geschickt dagegen die Glossatoren die Lehre von den verschiedenen Gründen an passender Stelle anzuwenden wußten, der vergleiche Gl. Causam ad leg. 1 §. 5 D. de postulando 3, 1.

Eigenthum zusammenhängt, wenigstens von mir nicht haben aufgefunden werden können.

1) Das älteste sichere Stück abendländisch-mittelalterlicher Rechtsliteratur, welches wir besitzen, ist wol die turiner Glosse zu den Institutionen, herausgegeben von Savigny als Anhang I B zum zweiten Bande seiner Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, und seitdem von Krüger, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VII. Bd. (1868), S. 14 fg.; ich habe keine Gelegenheit gefunden, sie zu benutzen.

2) Ebenfalls von Savigny herausgegeben, besitzen wir: Petri Exceptiones legum Romanorum, Anhang I A zu demselben Bande desselben Werkes.

3) Dieser Schrift schließt sich an: Glosse zu den Exceptiones legum Romanorum des Petrus, aus einer prager Handschrift zum ersten mal herausgegeben und eingeleitet von Dr. Hermann Fitting (Halle 1874, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses).

4) Ein Werk, welches bisweilen schon den Glossatoren zugeschrieben ward, dessen Ursprung als vor-Irnerischer aber jetzt wol allgemein zugegeben werden dürfte, ist: Corpus legum sive Brachylogus juris civilis, ad fidem quattuor Codicum Scriptorum et Principum Editionum emendavit ... Eduardus Boecking (Berlin 1829). Vorausgeschickt sind eine Reihe von Abhandlungen und Einleitungen früherer Ausgaben; dann folgt S. 1—194 der Brachylogus.

5) An diesen schließt sich an S. 194—242: Glossae annotationesque tum ex Codicibus manu scriptis tum ex prioribus editionibus repetitae.

6) Ganz außerordentlich erleichtert ist die Behandlung der vor-Irnerischen Literatur durch die Ausgabe verschiedener derselben angehöriger Schriften bei Fitting, Juristische Schriften des frühern Mittelalters, aus Handschriften meist zum ersten mal herausgegeben und erörtert von H. Fitting (Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1876), S. 117 fg. Da die Vorbemerkungen Fitting's (S. 1—116) mehr als eine gewöhnliche Ausgabeneinleitung bieten, so haben dieselben schon früher ihre

Erörterung gefunden. Der Nachweis, daß die verschiedenen Schriften vorbononiensische sind, scheint durch seine Ausführungen erbracht. Die einzelnen Schriften, ihre Namen und ihre Bezeichnung ergibt das Inhaltsverzeichniß bei Fitting; ich nenne, als hauptsächlich von mir benutzt: die Schriften de Natura actionum (H 1, H 2, Petri Exc. App. II, Fragm. Bamb. II); das Compendium juris (H4) und den Libellus de verbis legalibus.[1]

## §. 7.

## 2. Ausgaben von Werken der Glossatoren von Irnerius bis auf Accursius.

### A. Sammlungen.

1) Eine sehr übersichtliche, aus einer Reihe von Handschriften zusammengesetzte Sammlung von Glossen der meisten bedeutendern von ihm behandelten Glossatoren gibt Savigny, Bd. IV, Anhang II—V, VIII, X—XVI, XVIII, XX—XXII. Anhang IX enthält ein Stück aus der Summa des Rogerius, XVII ein solches aus der Summa des Johannes (Bassianus) und XIX die Vorrede des Pillius zum Proceß. — Ich citire Savigny, Zahl des Bandes, des Anhanges, der Glosse und der Seite.

2) Dissensiones dominorum sive Controversiae veterum juris Romani interpretum qui Glossatores vocantur, edidit et adnotationibus illustravit Gustavus Haenel (Leipzig 1834). Das Werk stellt alle Schriften über die Controversen der Glossatoren, welche wir kennen, zusammen und fügt dem noch sonstige Arbeiten aus der Glossatorenzeit bei. Es zeichnet sich aus durch seine sorgfältig gearbeiteten, zu jedem Paragraphen des Glossa-

[1] Außerdem wären etwa noch anzuführen die Proceßformeln, S. 76—88; s. über diese Stintzing, Formeln des Justinianischen Processes, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte, V, 321—340; die dort entwickelte Ansicht, nach welcher diese Formeln aus der Zeit Justinian's stammen, scheint noch immer die wahrscheinlichste, trotz der entgegenstehenden Ausführungen von Mommsen, Ueber die Entstehungszeit der dem Petrus angehängten Proceßformeln, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VI, 82—89; vgl. die Replik Stintzing's ebendort, S. 269—278.

torentextes zugefügten literarischen Nachweisungen; diese bieten demjenigen, welcher sich rasch über die Ansicht der Glosse, betreffend irgendeinen bestimmten Punkt, orientiren will, häufig ausreichendes Material, stets Hülfe und Anleitung. — Das Buch enthält: Diversitates Dominorum in jure, gewöhnlich bezeichnet als Vetus Collatio. (Ich citire: Vet. Coll.) Rogerius, Dissensiones Dominorum (Rog.). Codex Chisanus (Cod. Chis.). Hugolini dissensiones dominorum (Hug.). Excerpta e Rogerii Summa Codicis (Rog. S.). Hugolini Distinctionum specimen (Hug. Dist.). Schließlich noch Quaestiones aus einigen alten Handschriften; wegen der einzelnen Werke, ihres Autors und der Zeit ihrer Entstehung s. die Vorrede bei Hänel. Ich citire regelmäßig zuerst die Schrift — in den angegebenen Abkürzungen — dann die Paragraphennummer, dann die Seite bei Hänel; z. B. Cod. Chis. §. 7 bei Hänel Diss. dom. S. 128.

B. Einzelne Schriften bestimmter Autoren.

1) Bulgarus ad Dig. tit. de diversis regulis juris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones, edidit Dr. Fr. Emil Conr. Beckhaus, priv. doc. in lit. univers. Rhen., Bonnae apud Henry et Cohn, 1856. Die Ausgabe gibt den Text der Gesetze, dazu den Commentar des Bulgarus und unter diesem die durch eckige Klammern als solche gekennzeichneten Zusätze des Placentinus. Außer den Anmerkungen kritischer Natur sind auch solche mit literarischen Nachweisen beigegeben; diese letztern gehen besonders auf den Zusammenhang zwischen dem Commentar und der Glossa ordinaria ein, welch letztere häufig zum Vergleiche abgedruckt ist. Nach welcher Ausgabe der Text der Glosse gewählt sei, ist nicht angegeben; die Anordnung der commentirten Stellen ist die in der Vulgata übliche. — Vor diesem Commentar bringt Beckhaus dasjenige Stück aus Sarti, de claris Archigymnasii Bononiensis professoribus, welches das Leben des Bulgarus behandelt, zum Abdruck.

2) Anecdota, quae processum civilem spectant, ed. Aga-

thon Wunderlich: Bulgarus, Damasus, Bonaguida. Gottingae 1841. — Die Schrift des Bulgarus über den Proceß, welche uns hier einzig interessirt, reicht S. 13—26 dieser Ausgabe.

3) Rogerii compendium de diversis praescriptionibus; ejusdem Dialogus de praescriptionibus; ejusdem Catalogus Praescriptionum. Diese verschiedenen Schriftchen des Rogerius citire ich zusammen als Rogerius, Tractatus de praescriptionibus. In derselben Ausgabe befindet sich noch des Rogerius Werk über Dissensiones dominorum, welches aber nicht nach dieser, sondern nach der Hänel'schen Edition benutzt ist. Ferner bildet einen Theil derselben Ausgabe

4) Placentini jurisconsulti vetustissimi de varietate actionum libri sex. Moguntiae, cum Praefatione Nicolai Rhodi, 1530 bei Schöffer. Vgl. wegen dieser Schrift Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, 259—270, §. 78—79.

5) In codicis Dn. Justiniani — — — — libros IX summa a Placentino . . . . ante 400 ferme annos conscripta et nunc primum in lucem edita, Moguntiae anno 1536, bei Schöffer. Diese Ausgabe hat keine Paragraphenabtheilungen; ich citire deshalb mit Angabe der Seite, der Zeile und dem Zusatze v. o. = von oben, oder v. u. = von unten (gezählt). Die Ausgabe selbst bezeichne ich durch das Citat ed. Schöffer (ohne Jahreszahl).

6) Placentini in Summam Institutionum . . . . libri IV, Mainz bei Schöffer, 1537. Obgleich diese Ausgabe auch die unter 3) und 4) citirten Werke enthält, ist aus ihr nur die in andern Ausgaben nicht enthaltene Institutionensumme des Placentinus von mir benutzt worden. Zum Unterschiede von 5) citire ich ed. Schöffer 1537 — während ich bei 5) keinen Jahreszusatz mache — und dann weiter wie bei 5), da die Einrichtung hier genau dieselbe ist wie in der Codexausgabe von 1536.

7) Placentini Summae Institutionum Exordium, bei Fitting, Juristische Schriften des frühern Mittelalters (Halle 1876), S. 217—223.

8) Die Glossen bei Wenck, Magister Vacarius; sie treten dort auf als Anmerkungen zu dem Inhaltsverzeichniß der Epitome

und werden daher von mir mit Anmerkungsnummer und der Seitenzahl bei Wenck citirt.

9) Pillii, Tancredi, Gratiae libri de judiciorum ordine, edidit Fridericus Bergmann, Ictus Gottingensis, Gottingae, Vandenhoek et Ruprecht, 1842. Uns interessirt nur der Tractat des Pillius, de ordine judiciorum, S. 3—86.

10) Selectae Quaestiones juris variae sive aureae . . . diversorum clarissimorum V. J. luminum, veterum et recentium . . . Coloniae apud Gervvinum Calenium et heredes Johannis Quentelii, anno Christi nati 1570. Diese Ausgabe enthält: Consilia Pillii Modicensis (sic!) S. 1—84.

11) Azo, Summa in Codicem, bei Matthias Bonhomme (Lugduni 1550); sehr schöne Ausgabe, mit Paragraphenabtheilung. Leider konnte ich dieselbe nicht während der ganzen Zeit meiner Arbeit benutzen, da ich sie abliefern mußte und statt ihrer nur die sogleich zu erwähnende, weniger bequeme Ausgabe erhalten konnte. Citate mit Angabe des Paragraphen beziehen sich auf die Ausgabe 1550; wird dagegen mit Angabe von Folio, Spalte und Nummer citirt, so handelt es sich um

12) Azonis Summa in Codicem Lugduni apud Fullaeos fratres 1540. In dieser Ausgabe habe ich denn auch die kleinern Summen benutzt, welche gewöhnlich mit der Azonischen Codexsumme sich zusammenfinden, nämlich

13) Azonis Summa in Institutiones; Hugolini Summa in Digesta; Placentini Summa in tres libros, zu Ende geführt von Pillius; und Johannis Bassiani Summa in Authenticorum Volumen, cum additionibus Accursii.

14) Azonis ad singulas leges XII librorum codicis Just. commentarius et magnus apparatus. In offic. Jac. Stoer et Franc. Fabri (Lugduni 1596); citirt unter der richtigern Bezeichnung Azonis Lectura in Codicem, ad leg. unter Zufügung der Stelle des Codex, bei welcher Azo die betreffende Anmerkung gemacht hat.

15) Brocardica sive Generalia Juris Azonis (Basel 1567). Das Werk ist in Rubriken eingetheilt, in welchen im ganzen zusammengehörige Materien behandelt werden. Weitere Anhalte

für Citate bietet die von mir benutzte Ausgabe nicht, so daß ich nur Zahl und Titel der Rubrik und Seitenzahl citiren kann.

### C. Einzelne Schriften unbestimmter Autoren, theilweise mit kanonistischer Färbung.

1) Inedita incerti scriptoris Epitome juris civilis, medio duodecimo saeculo facta, ex Codice Tubingensi ed. Boecking. Hinter seiner Ausgabe der Glossen zum Brachylogus (oben §. 9 Nr. 5), S. 253—280. Man vgl. die Vorbemerkung Boecking's zu dieser Schrift S. 245 fg.; ihr Autor ist wol kein Glossator, zeigt sich aber mit der Glossatorenliteratur bekannt und durch dieselbe beeinflußt.

2) Incerti auctoris ordo judiciarius (Ulpianus de edendo), e codicibus et editionibus emendavit, glossis auxit, annotatione critica instruxit Gustavus Haenel Lipsiensis (Lipsiae 1838), Sumptibus J. C. Hinrichsii. Der Autor der Schrift ist völlig unbekannt, war aber wol Civilist und scheint den Glossatoren näher zu stehen als der der sub 1) genannten Schrift. Die Zeit der Entstehung wird um das Ende des 12. oder den Beginn des 13. Jahrhunderts verlegt. Vgl. die Praefatio des Herausgebers.

3) Kunstmann, Ueber den ältesten ordo judiciarius. (Kritische Ueberschau der Deutschen Gesetzgebung und Wissenschaft, S. 17 fg.). Das hier von Kunstmann zum Abdruck gebrachte Werk verdankt seinen Ursprung unzweifelhaft kanonischen Bemühungen um das Römische Recht; es ist eine sehr kurze Darstellung des Processes.

4) Incerti auctoris Ordo judiciarius, Pars summae legum et Tractatus de Praescriptione. Nach einer göttinger und einer wiener Handschrift herausgegeben und bearbeitet von Dr. C. Groß (Innsbruck bei Wagner, 1870). Ob die Schrift ein Ganzes und in welche Theile sie zerfällt, wenn sie keins, ist zwischen Schulte, ihrem ersten Entdecker im Cod. Gottwicensis, Stintzing und dem Herausgeber Groß streitig. Jedenfalls handelt es sich wieder um das Werk eines Kanonisten, welcher eine Darstellung

solcher civilistischer Materien geben will, deren Kenntniß für das Studium des kanonischen Rechts nothwendig ist. — Ich citire mit dem Zusatz e cod. Gottw. ed. Gross.

5) Das Florentinische Rechtsbuch. Ein System Römischen Privatrechts aus der Glossatorenzeit, aus einer florentiner Handschrift zum ersten mal herausgegeben und eingeleitet von Dr. Max Conrat (Cohn) (Berlin 1882, Weidmann'sche Buchhandlung). — Dieses Werk, welches unzweifelhaft aus der Zeit der Glossatoren stammt und dessen Autor auch die Werke der Glossatoren sicherlich gekannt hat, scheint mir doch nicht zu den eigentlich Bononiensischen zu gehören. Es macht den Eindruck, als ob ein Autor, welcher nach der vor-Irnerischen Manier zu arbeiten gelernt hatte und gewohnt war, Kenntniß von den Leistungen der Glossatoren erhalten und diese seine neuen Kenntnisse sodann zur Abfassung einer Schrift in alter Form benutzt hätte. Cohn freilich meint, „das Resultat der Zugehörigkeit unserer Schrift zur Glossatorenschule ist so zweifellos, daß es durch nichts erschüttert werden kann" — S. XXVIII seiner Vorbemerkungen; aber die von ihm aufgezählten Merkmale beweisen eben nur, daß der Autor der Schrift die Glossatoren kannte, nicht daß er zu ihnen gehörte. Die ganze Art der Behandlung, der Mangel an Citaten, die im Verhältniß zu der auf die einzelnen Quellenstellen eingehenden Manier der Glossatoren geradezu oberflächliche Darstellung[1], die systematische Anordnung selbst sind Beweise dafür, daß wir es mit einem aus dem Kreise der Glossatoren hervorgegangenen Werke nicht zu thun haben.[2] Hierfür spricht auch, was Cohn S. XLIV und XLV umsonst sich zu widerlegen bemüht, die Ver-

[1] Derartiges würde man in Bologna, wo die großen Rechtslehrer selbst weit bedeutendere Leistungen mit dem schärfsten Spott und Tadel zu verfolgen sich nicht scheuten, gar nicht zu veröffentlichen gewagt haben; der Autor wäre sicher der allgemeinen Verachtung erlegen; uns aber würden, wenn er es trotzdem gewagt hätte, Aeußerungen solcher Verachtung unzweifelhaft irgendwie erhalten sein.

[2] Ueber den Zusammenhang zwischen dem Florentiner Rechtsbuch und dem Brachylogus dagegen s. den Artikel von L. Chiapelli im Archivio Giuridico 1883: Note sopra alcuni rapporti fra il Brachylogus e il Liber Juris Florentinus.

wendung des Ausdrucks Bononiensis. — Das Werk ist demnach aus der Zeit der Glossatoren, gehört aber einer andern Schule an; ob diese nicht eine kanonistische, dürfte trotz Cohn S. XLV—XLVI nicht so ganz unwahrscheinlich sein. Die Art der Darstellung stimmt doch mit derjenigen in der Summa legum e Cod. Gottw. edita mehr überein, als mit irgendetwas sonst aus dieser Zeit uns Bekanntem[1] (s. auch Cohn, S. XLI, Abs. 2); kleinere Differenzen gegen die Ansichten der Glossatoren und Anklänge an kanonistische Auffassung ließen sich häufig nachweisen, wenn hier der Ort für dergleichen wäre (s. S. 14, Z. 16; S. 16, Z. 25—26; S. 46, Z. 1 fg.; S. 63, Z. 23—25; S. 66, Z. 9; S. 76, Z. 22 [Reihenfolge: pape et principis]; S. 85, Z. 25; S. 86, Z. 26; S. 101, Z. 26 fg.; und S. 106, Z. 16).

## §. 8.

## 3. Ausgaben der Glossa ordinaria.

## Schlußbemerkung.

Alle im Vorhergehenden genannten Werke boten blos Hülfsmittel zu der vorliegenden Arbeit; eigentlicher Grund und Boden, auf welchem sie beruht, ist die Glossa ordinaria des Accursius. Demgemäß handelte es sich darum, hier einen möglichst sichern Text zu gewinnen, und ist daher hier auch mit besonderer Sorgfalt verfahren worden.

Auf Handschriften zurückzugehen erschien allerdings als nicht nöthig; denn es existirt bei einer ganzen Reihe von Schriftstellern völliger Consens darüber, daß Drucke eines gewissen Alters durchaus zuverlässig sind. Spangenberg, Einleitung in das Justinianeische Rechtsbuch, S. 269, besonders Anm. 7; Biener, Geschichte der Novellen, S. 312—314; Prodromus Corp. jur. a Schradero, Tafelio, Clossio . . . edendi S. 242—243;

[1] Heranzuziehen wäre etwa noch die Epitome des Vacarius; diese verdankt aber ganz besondern Umständen ihre Entstehung.

Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, V, 303 — sind alle einig darüber, daß der Text der Glosse in den gedruckten Ausgaben des Corpus juris, welche mit der Glosse versehen sind, bis circa 1500 ein durchaus zuverlässiger und von spätern Einschiebseln freier sei. Bestätigt werden die Behauptungen dieser Schriftsteller durch das Werk Claussen's, Denuo edendae Accursianae glossae specimen (s. besonders S. XIX, Anm. 35). Claussen hat es sich nicht verdrießen lassen, für die vier ersten Titel der Pandekten mit kritischer Genauigkeit auf Grund von Handschriften und unter fortwährender Herbeiziehung und Vergleichung einer Reihe von Ausgaben aus verschiedenen Zeiten den reinen Glossentext herzustellen; er gelangt zu dem Resultat, daß die Ausgaben vor 1500 fast ganz, abgesehen von unbedeutenden und unvermeidlichen Druckfehlern, mit den alten Manuscripten übereinstimmen, während allerdings, je mehr sich die Drucke von 1500 nach der neuern Zeit zu entfernen, desto mehr Zusätze zu der Glosse und Fehler in der Glosse auftreten. Diese letztere Erfahrung habe ich auch gemacht; häufig fand ich in den spätern Ausgaben die Glosse geradezu zur Unverständlichkeit entstellt; wo dies bei Glossen der Fall war, welche ich im zweiten Theile dieses Werkes zu citiren habe, da habe ich Derartiges auch regelmäßig bei der betreffenden Gelegenheit angemerkt.

Hätte es sich nun um den reinen Text, wie er aus der Hand des Accursius hervorgegangen ist, gehandelt, so hätten doch schließlich wol zur vollen Sicherheit Handschriften herangezogen werden müssen; nun kam es aber blos darauf an, festzustellen, welcher Text als Glossa ordinaria gegolten und als solche Einfluß auf die Entwickelung des Rechts gehabt hatte; in dogmen-historischer Beziehung kann blos dieser letztere Text Anspruch auf Berücksichtigung erheben. Unzweifelhaft steht durch die Untersuchungen der vorerwähnten Schriftsteller fest, daß der Text der alten Drucke derjenige ist, welcher auch zur Zeit der Postglossatoren, d. h. zur Zeit des größten von der Glosse geübten Einflusses, der verbreitete war; diesen Text nach ältern Manuscripten zu corrigiren, wäre nicht nur eine langwierige unnöthige Arbeit, sondern ge-

radezu ein Fehler gewesen; nicht darum handelt es sich, was Accursius geschrieben hat, sondern darum, was als von ihm herrührend stets gegolten hat.

Resultat für diese Arbeit ist, daß alte Drucke mir die genügende Grundlage bieten. Ich fand solche in hinreichender Anzahl und von sattsam hohem Alter auf der bonner Universitäts-Bibliothek vor; für die Glosse zu den Novellen und Institutionen habe ich nur derartige Exemplare aus der Bibliothek zu Bonn benutzt. Für die fortwährend in Betracht kommenden Theile des Corpus juris hingegen[1], welche ich andauernd zur Hand haben mußte, ist es mir gelungen, mir selbst glossirte Ausgaben von genügender Güte zu verschaffen. Erst durch den Besitz dieser letztern bin ich zu dieser Arbeit in Stand gesetzt worden. Ich habe mich bedient für das

Digestum vetus der Ausgabe von De Tortis, Venetiis 1494;

Infortiatum der Ausgabe von Georgius Mantuanus ex Rivabenorum familia, Venetiis 1494;

Digestum novum der Ausgabe von Andreas Calabrensis de Papia, Venetiis 1491;

und für den Codex der Ausgabe von Bapt. de Tortis, Venetiis 1495.

Diese Editionen bilden, wie gesagt, die Grundlage meines Glossentextes. Zum gewöhnlichen fortlaufenden Handgebrauche hatte ich außerdem neben diesen schweren Folianten größten Formates zur Verfügung

die glossirte Ausgabe des Corpus juris, Paris 1548—1550, bei Guillard, besprochen bei Spangenberg Einleitung Nr. 196, sogenanntes Corpus juris Augustini.

Diese Ausgabe bietet den Vortheil, daß die Glosse wenigstens im Verhältniß zu den Ausgaben bei Hugo a Porta noch relativ rein ist; ich habe sie in den ersten vier Titeln der Pandekten genau mit dem von Claussen festgestellten Text sowie den von

---

[1] Es ist daran zu erinnern, daß die Novellen deshalb relativ seltener mit ihrer Glosse in Betracht kommen, weil meist die Glosse zu den in den Codex eingeschalteten Authentiken genügt.

diesem in den Anmerkungen gegebenen Notizen über die bei den Ausgaben von Hugo a Porta vorliegenden Fehler verglichen und auf diese Weise festgestellt, daß sie, wenngleich an und für sich schlecht und unzuverlässig, doch noch bedeutend besser ist als die Hugo a Porta'schen.

Schließlich habe ich noch hin und wieder hinzugezogen

die Gothofredische glossirte Ausgabe des Corpus juris von 1589, eine von den wenigen echten; sie ist mit dem „lion moucheté“ versehen; besonders interessant ist der sechste Band, mit einer Reihe von Excursen und Bemerkungen zu der Glosse, welche übrigens durchweg als Hülfsmittel zum Glossenstudium von verschwindend geringem Werthe sind.

Als gewöhnliche, unglossirte Gothofredische Ausgabe hatte ich zur Hand diejenige Sti. Gervasii, ex Officina Vignoniana (1602).

Die neuern Editionen von Kriegel und Mommsen nenne ich schließlich nur der Vollständigkeit halber als zu Grunde gelegt für die moderne Bezeichnung der Römischen Rechtsquellenstellen.

---

Werke aus späterer Zeit sind sehr wenig benutzt; die Schriften der Postglossatoren bedürfen einer besondern Behandlung; denn wie die Glossatoren vielfach zu eigenen Anschauungen durch eigenartige Auffassung der Römischen Quellen, so sind die Postglossatoren häufig zu ihren Anschauungen durch eigenartige Auffassung der Glosse gekommen. Diese aus den Schriften der Postglossatoren erklären, hieße daher nicht die Lehre der Glosse, sondern eben die der Postglossatoren studiren. Aus den Werken vom 16. Jahrhundert ab ist dann erst recht nichts mehr für das Verständniß der Glosse zu gewinnen, bis man zu den Schriften der neuesten Zeit kommt, welche sich irgendwie gelegentlich mit der Glosse befassen; solche Schriften sind theils schon in der Einleitung genannt, theils werden sie, sofern sie im folgenden Theile benutzt werden konnten, stets an der betreffenden Stelle selbst citirt werden.

Häufiger verwendet ist blos ein Werk aus der Postglossatorenzeit, der sogenannte Vocabularius juris (s. über dies Buch Stintzing, Geschichte der populären Literatur des Römisch-kanonischen Rechts, S. 129—144); ich benutzte die Ausgabe Argentine 1486. Der Vocabularius juris scheint nämlich, trotz seiner späten Entstehung, noch manches Element glossatorischer Wissenschaft nach ziemlich reiner Tradition zu enthalten; seine Citate früherer Glossatoren sind allerdings durchweg der Glosse entnommen, scheinen aber hin und wieder auch selbständig. Er verdiente daher, wenn er auch sehr vorsichtig zu gebrauchen war, doch immerhin eine gewisse Beachtung.

---

## Zweiter Theil.

# Die Lehre der Glosse vom Eigenthum.

---

### §. 1.

### I. Begriff des jus in re.

Für die Römer sind die Begriffe Klage und Recht scharf getrennte; nicht jeder, der ein Recht hat, hat eine Klage; nicht jeder, der eine Klage hat, hat ein Recht; es ist daher im Römischen Recht ebenso gefährlich, von dem Recht auf die Klage, wie umgekehrt von der Klage auf das Recht folgern zu wollen. Die moderne Anschauung hingegen ist die, daß eine Klage ohne zu Grunde liegendes Recht unmöglich sei, daß aber auch jedes Recht eine Klage zur Folge haben müsse. Die Klage tritt nicht mehr zum Recht als ein äußerer Zuwachs, als eine vom guten Willen der Prätors abhängige Gestaltung hinzu, sondern sie folgt nunmehr aus ihm als natürliche Consequenz und bildet den wesentlichen Inhalt seiner Bedeutung. Von dieser modernen Anschauung sind auch die Glossatoren erfüllt gewesen und haben dieselbe, ohne zu ahnen, was sie damit thaten, in das Römische Recht hineingetragen.

Die durchgeführte moderne Anschauung verlangt nun aber weiter, daß man vom Rechte ausgehe, um auf die Klage zu schließen, wenn man wissenschaftlich operiren will; unsere natürliche Auffassung weist uns darauf hin, zunächst zuzusehen, welches Recht vorhanden ist; von diesem aus construiren wir dann mühelos die Klage. Eine solche Behandlung der Sache ist

aber den Glossatoren unmöglich gewesen. Da sie stets nur im engsten Anschlusse an die römischen Quellen vorgehen, nur das von diesen Gebotene erläutern und entwickeln, nicht aber selbstständig zusammenfügen und construiren: so konnten sie das Verfahren der Römer, welche stets bei der Klage beginnen, beizubehalten nicht umhin, wenn dasselbe auch mit ihren Ideen sonst nicht mehr völlig in Einklang stand. Daher denn der Gegensatz: den Glossatoren, wie uns, bilden Recht und Klage ein untrennbares Ganzes; zu argumentiren beginnen sie aber, wie die Römer, bei der Klage. Sie stellen zunächst, echt römisch, mit den Quellen fest, ob eine Klagemöglichkeit vorliegt; haben sie aber eine solche festgestellt, so thun sie nun einen Schritt weiter und schließen, echt modern, aus ihr auf ein Recht. Noch mehr; da ihnen die Klage nur der Ausfluß des Rechtes ist, so muß dieses mit jener auch der Art und nähern Beschaffenheit nach vollständig übereinstimmen; die Glossatoren sehen deshalb, wieder echt römisch, zunächst zu, welcher Natur die Klage sei, und bauen dann, wieder echt modern, auf den so gewonnenen Ergebnissen ihre Sätze über die Natur des Rechts auf.

Hieraus ergibt sich, wie weit die Glossatoren im Stande waren, das Richtige zu treffen. Soweit ihre Untersuchungen sich um die actio drehen, d. h. um die hauptsächlich praktische Seite des Rechts, sind sie scharf, zutreffend und exact, den Quellen durchaus angemessen; soweit es sich um die Bestimmung der Rechte handelt, konnte ebenfalls Bedeutendes von der Glosse geleistet werden, sofern wirklich im Römischen Recht das schließlich auch in ihm reguläre Verhältniß von Zusammengehörigkeit eines entsprechenden Rechts und einer entsprechenden Klage vorliegt; sofern aber hierher bezügliche Incongruitäten im Römischen Recht sich finden, mußte die Glosse bei ihren Ansichten über das Recht auf Abwege gerathen.

Zunächst ist es eine Folge der auseinandergesetzten Anschauungsweise der Glosse, daß die Eintheilungen der Klagen ihr zugleich als Eintheilungen der Rechte erscheinen mußten; sind alle Klagen entweder in rem oder in personam, so folgert sie hieraus ohne weiteres, daß auch alle Rechte entweder jura in rem

oder jura in personam (obligationes) sind; auch der Ausdruck jura realia — personalia findet sich wol, wofür sich eine Unterstützung in der Redeweise servitus realis — personalis bot, s. Gl. Utendi ad §. 2 J. de actionibus 4, 6. Höchst lehrreich sind in dieser Beziehung die ganz besonders ausführlichen Glossen zu den tit. J. cit. 4, 6 überhaupt; suchen wir gestützt auf diese die Sache nunmehr etwas näher und genauer zu fassen.

Die an die Spitze des betreffenden Institutionentitels gesetzte Definition der actio paßt eigentlich ganz genau nur auf die actio in personam; denn wenn die actio nichts weiter ist — s. pr. J. tit. cit. — quam jus persequendi, quod sibi debetur, so geht sie eben nur gegen denjenigen, welcher dem Kläger etwas debet, d. h. also der ihm obligatus est. Das Wort debere kann aber auch weiter gefaßt werden, indem man es auf die Verpflichtung des Besitzers einer fremden Sache, sie dem Eigenthümer herauszugeben, ausdehnt; in diesem weitern Sinne müssen wir das Wort hier nehmen, um in der gebotenen Definition eine allgemein zutreffende zu erhalten. Die actio nun, mit welcher wir, sei es ein dare facere, sei es ein restituere in Anspruch nehmen, sei dies letztere nun besonders obligatorisch dem Beklagten gegenüber begründet, oder beruhe es blos auf unserm dinglichen Recht — diese actio muß vor allem einen Grund, eine causa haben; causa actionis ist aber das in ihr zur Verwirklichung gelangende Recht[1]; die directe causalbestimmende Beziehung, in welcher es zur actio steht, findet darin ihren technischen Ausdruck, daß es mater actionis genannt wird. Bei der actio in personam ist die zu Grunde liegende obligatio, bei der actio in rem das zu Grunde liegende jus in re die mater actionis. Die Thatumstände, aus welchen die obligatio entstanden ist, sei sie nun e variis causarum figuris, aus einem Delict oder besonders aus einem Contract entsprungen, sind dann weiter zurück wieder die causa obligationis. Die actio in per-

[1] S. besonders Gl. Actio autem ad pr. J. h. t.; Placentinus hat hier eine andere Construction versucht, welche aber von Azo und Accursius verworfen wird.

sonam hat daher zwei causae; eine causa remota, den Contract oder was an seine Stelle tritt; und eine causa proxima, die Obligation. Bei der actio in rem oder dem jus in re wird von dem Unterschiede zwischen causa proxima und remota eine andere, nicht hierher gehörige Anwendung gemacht, welche später zur Erörterung kommen wird; sie fällt da zusammen mit der Distinction zwischen titulus und modus acquirendi.

Suchen wir nun zunächst, um durch die Gegenüberstellung die Sache klar zu machen, die actiones in personam noch etwas weiter zu charakterisiren. Die actiones in personam sind solche Klagen, welche nur gegen Eine bestimmte Person oder deren Erben gehen, und zu ihrer causa eine obligatio haben; ersteres ist das äußere Erkennungszeichen für sie, letzteres folgt aus der Natur der Sache. Sei sie nun gerichtet worauf auch immer: die actio in personam setzt eine obligatio, d. h. ein jus in personam voraus; in den gewöhnlichen Fällen wird dies niemand bezweifeln; ich klage ex empto jure emptionis, ex mandato jure mandati, ex mutuo jure mutui u. s. w.; der kritische Punkt ist derjenige, wenn ich im eigenen Namen, aber nicht kraft eigenen Rechtes klage: mit andern Worten, der Fall, in welchem das wohlverstandene Römische Recht mir zunächst nur eine actio, kein Recht zuspricht, derjenige der actio utilis. Aber auch hier hegt die Glosse kein Bedenken, vom jus utile im Gegensatz zum jus directum zu reden, s. Gl. Suscipiendum ad leg. 55 D. de procuratoribus et defensoribus 3, 3. Damit ist für die actiones in personam genau das näher bewiesen, was zu Anfang behauptet wurde: der Rückschluß aus der actio auf das Recht, aus der Art der actio auf die Art des Rechts.

Gerade so verhält es sich bei der actio in rem. Eine actio in rem ist eine solche, welche rem concomitatur, d. h. also gegen den jedesmaligen Inhaber der Sache als solchen gerichtet ist; ihre causa ist ein jus in re. Jus in re ist jedes Recht, welches seinen Inhaber zu einer actio in rem berechtigt; so hat schon Thibaut (Versuche über einzelne Theile der Theorie des Römischen Rechts, 2. Bd., 2. Abth., S. 30) den Begriff der Glosse vom jus in re präcis und richtig bestimmt. Der Ausdruck jus in re

ist bekanntlich erst von den Glossatoren erfunden; ihm steht deshalb nicht der entsprechende Ausdruck jus in personam gegenüber, weil sich für diesen letztern Begriff das quellengemäße Wort obligatio vorfand, welches ihn völlig deckt; die Eintheilung der Rechte in jura in re und obligationes entspricht aber völlig derjenigen der Klagen in actiones in rem und actiones in personam. Einen Zwischenbegriff zwischen actiones in rem und in personam, denjenigen der actiones personales in rem scriptae, haben erst Spätere eingeschoben; die Glosse kennt einen solchen noch nicht, wie sie denn auch zu denjenigen Quellenstellen, welche im Ausdruck an ihn anklingen, nichts Derartiges beifügt, s. die Glossen zu l. 9 §. 8 D. quod metus causa 4, 2, und zu l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44, 4; was sich auf die actio in rem scripta Bezügliches in spätern Glossenausgaben findet, ist erst zur Postglossatorenzeit eingeschoben worden, wie die alten guten Ausgaben, in welchen die betreffenden Stellen sämmtlich fehlen, beweisen.

Unterschieden wird nun bei der actio in rem weiter zwischen civilis und praetoria; actiones civiles in rem sind die Eigenthumsklage, die Servitutenklagen und nach einigen Stellen die hereditatis petitio; praetoriae actiones in rem gibt es zehn, nämlich: Publiciana, nach der Analogie der Vindication; rescissoria, d. h. diejenige Klage, mit welcher nach vom Prätor erlangter Rescission eines Geschäftes die durch dieses Geschäft veräußerte Sache zurückgeholt wird; Serviana und quasi Serviana, also die Pfandklagen; zwei Präjudicialklagen, auf welche wir zurückkommen werden; die Klage, welche dem Superficiar und ähnlich dinglich Berechtigten zusteht; die Klage des metum passus; die bonorum possessoria hereditatis petitio und die fideicommissaria hereditatis petitio. Alle diejenigen, welchen eine dieser Klagen zusteht, haben nun auch ein jus in re.

Soweit die Klassifikation und Zusammenstellung, gewonnen nach dem Princip, daß actio in rem jede actio ist, quae rem concomitatur, jeder actio in rem aber ein jus in re entspricht. Bei dieser äußerlichen Auffassung ist jedoch die Glosse nicht stehen geblieben. Ist es charakteristisch für die actio in rem, daß sie

die Sache überall ergreift, wo sie sie findet, und ist das jus die causa der actio; so muß jener Charakter der actio in rem sich auf eine Eigenthümlichkeit des ihr zu Grunde liegenden jus in re stützen, d. h. das jus in re muß im Gegensatze zur obligatio eine besondere Richtung auf die Sache hin haben, es muß im Gegensatze zur obligatio, welche nur das Recht, ein dare, facere, restituere zu fordern, erzeugt, ein Recht direct auf die Sache erzeugen. Ein solches directes Recht auf die Sache, sei diese nun eine körperliche oder unkörperliche[1], ist der allgemeinste Begriff, welchen die Glosse dem Worte dominium unterlegt; insofern ist jedes jus in re ein dominium, sei es nun rei corporalis, eigentliches dominium, sei es rei incorporalis, wie z. B. das Recht einer Servitut. Als Ausübung eines eigentlichen dominium erscheinen die Vindication, die Erbschaftsklagen, die Publiciana, die Klagen des emphyteuta und ähnlich dinglich Berechtigter[2], die Klage des metum passus und die actio rescissoria, sowie die Präjudicialklagen; als Ausübung eines dinglichen Rechts auf unkörperliche Sachen erscheinen die Servituten- und Pfandklagen. Ganz besonders auffallen wird, daß selbst die Stellung der actiones praejudiciales unter den actiones in rem nicht Bedenken vor dem Rückschlusse auf ein jus in re und überhaupt vor dieser ganzen Art und Weise der Behandlung einflößte; aber gerade die Glossen zu dem einschlägigen Paragraphen des tit. J. de actionibus beweisen deutlich, (s. besonders Gl. Praejudiciales ad §. 13 J. h. t. 4, 6), daß die Glosse von dem Zusammenhang zwischen den Begriffen actio in rem und jus in re nicht läßt, und gerade mit Rücksicht auf diesen Zusammenhang das jus in re als ein auf die Sache selbst gerichtetes Recht ansieht. Es handelt sich um zwei actiones praejudiciales, um diejenige zwischen Vater und Sohn und diejenige zwischen Herrn und

[1] Bezüglich des Unterschiedes zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen folgt die Glosse ganz den Römern; körperliche Sache ist ihr das Eigenthum ununterschieden von seinem Object, unkörperliche Sache jedes andere Recht.

[2] Diese haben die vindicatio utilis, welche als Ausübung eines dominium utile erscheint, s. unter §. 2.

Sklaven; actiones in rem sollen diese beide nun deshalb sein, weil in ihnen die directe, dinglich wirkende, die ganze Persönlichkeit des Kindes oder Sklaven völlig ergreifende Macht des Vaters oder Herrn in Frage stehe; daher auch der Ausdruck der Quellen vindicatio; daher denn auch schließlich die Stellung, welche die Glosse den Präjudicialklagen unter den actiones in rem anweist, indem sie sie zu den Klagen auf Grund dinglicher Rechte nicht an unkörperlichen, sondern an körperlichen Sachen rechnet.

Wir formuliren unsere Resultate dahin: Jus in re ist nach der Glosse das direct auf die Sache gerichtete Recht, welches dieselbe, sei es als körperliche — Eigenthum — sei es als unkörperliche — jus in re aliena, Servituten, Pfandrecht — ergreift. Obligatio ist dasjenige Recht, kraft dessen wir von einer bestimmten Person eine Handlung verlangen. Jedes jus in re begründet eine actio in rem, jede obligatio eine actio in personam.

Zwischen jus in re und obligatio hat man nun wol in späterer Zeit eingeschoben die jura ad rem, d. h. Rechte, welche die Sache noch nicht völlig ergreifen, aber doch schon mehr Recht auf sie geben, als aus der reinen Obligation folgen würde; ihren prägnantesten Ausdruck findet diese Wirkung der sogenannten jura ad rem darin, daß das jüngere jus in re unter gewissen Bedingungen dem ältern jus ad rem weichen soll, während die rein obligatorischen Rechte ein jus in re nie zurückzudrängen im Stande sind. Germanische Rechtsgedanken, besonders soweit nach ihnen das Eigenthum und überhaupt die dinglichen Rechte als relative Rechte erscheinen, sollen dann bei Aufstellung dieser eigenthümlichen Rubrik der jura ad rem von bedeutendem Einfluß gewesen sein; so meint wenigstens Brünneck, welcher von ihnen ausführlich handelt in seinem Werke „Der Ursprung des sogenannten jus ad rem" (Berlin 1869).

Der Ausdruck jus ad rem findet sich in der Glosse und bei den Glossatoren nicht; ebenso wenig findet sich dort sachlich eine Unterscheidung der Obligationen nach irgendeinem Gesichtspunkte, welcher sich dem Ausscheiden einer besondern Klasse von jura ad

rem näherte. Brünneck[1] meint allerdings, die Glosse gebe einen Hinweis auf den Satz, daß das ältere jus ad rem dem jüngern jus in re vorgehe, in Gl. Jure ad leg. 15 C. de re. vind. 3, 32; es ist aber sehr zu bedauern, daß Brünneck nicht wenigstens in etwa ausgeführt hat, wieso Gl. Jure cit. derartige Beziehungen enthält, vielleicht wäre es dann leichter, solche in ihr zu entdecken, was jetzt kaum möglich scheint.[2] Unter diesen Umständen wird es wol gestattet sein, dahin zu schließen, daß die Trennung zwischen jus in re und obligatio bei der Glosse noch nicht durch irgendwelche Zwischenbildungen in der Art des jus ad rem verwischt ist.

Eine weitere Trübung des reinen Gegensatzes zwischen persönlichen und dinglichen Rechten hat man in der Möglichkeit einer Realexecution auf Grund ersterer finden wollen; auf diesem Gedanken beruht Ziebarth's Werk über die Realexecution und die Obligation (Halle 1866), und auf ihn kommt zurück Brünneck, a. a. O., S. 74. Wir sind hier in der glücklichen Lage, nicht auf die Sache selbst und auf die immerhin etwas gewagte Schlußreihe, mit welcher Ziebarth operirt, eingehen zu müssen; denn es ist zu behaupten, daß die Glosse von Realexecution auf Grund einer Obligation nichts weiß. Allerdings gewährt Accursius demjenigen, welcher seine Sache vindicirt und gesiegt hat, die executio manu militari; hier haben wir es aber auch mit einem dinglichen Rechte zu thun. Dagegen gewährt er eine derartige Execution nicht irgendeinem blos obligatorisch Verpflichteten gegenüber. Bei den obligationes faciendi und praestandi konnte

---

[1] S. Brünneck, a. a. O., S. 93.

[2] Damit der Leser Gelegenheit habe, sich sofort ein Urtheil zu bilden, wird Gl. Jure cit. hier in extenso zum Abdruck gebracht: Jure, i. e. bona fide, vel sine dolo secundum quosdam; vel dic jure quantum ad vendentis praejudicium, non autem jure, quia incidit in legem Corneliam de falsis, ut D. ad leg. Corn. de fals. l. qui duobus (l. 21 D. 48, 10). Spätere Ausgaben haben noch ganz zu Anfang folgenden (unechten) Zusatz: i. e. in praejudicium suum non teneatur utrique. Vel jure, id est non dolo; hierauf folgt dann die eigentliche Glosse: i. e. bona fide etc. Aber selbst, wenn man den Zusatz hinzunimmt, ist noch immer kein Hinweis auf das jus ad rem in dieser Stelle erfindlich.

ja von Derartigem nicht die Rede sein; bei der obligatio tradendi, welche die obligatio dandi und restituendi umschließt, kam es zwischen den Glossatoren zum Streite bezüglich der Frage: an praecise debitor teneatur ad tradendam rem ipsam; Ziebarth bemerkt richtig, Martinus sei für, Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo, Hugolinus seien gegen die Realexecution gewesen; er täuscht sich aber, wenn er meint, Accursius lasse die Frage unentschieden. Bei genauer Beachtung der Gl. Agitur ad leg. 1 pr. D. de act. empt. et vend. 19, 1, um welche es sich hier handelt, ergibt sich nämlich, daß Accursius die Einreden, welche gegen die Meinung des Bulgarus sich vorbringen lassen, zu widerlegen bemüht ist, dagegen diejenigen Umstände, welche gegen Martinus sprechen, eifrig aufzählt und bekräftigt. Mit der Widerlegung der gegen Bulgarus von seinen Gegnern vorgebrachten Argumente bleibt Accursius aber beschäftigt, bis er mit den Worten „Item quid si in prima causa“ .... auf eine andere Frage übergeht. Die von ihm an letzter Stelle gebilligte Entscheidung ist demnach diejenige des Bulgarus; es ist aber eine alte, wohl zu beachtende Regel für die Interpretation der Glosse, daß diejenige Meinung als von ihr angenommen zu betrachten sei, welche sie zuletzt vorbringt. Außerdem wird sich fortwährend in den folgenden Erörterungen zu zeigen Gelegenheit finden, daß Accursius fast überall der Meinung der Rechtslehrer Bulgarus — Johannes Bassianus — Azo folgt, sich dagegen häufig scharf gegen Martinus ausspricht; auch hierdurch scheint bekräftigt zu werden, daß er gegen die Realexecution ist, wenngleich er seine Ansicht ausdrücklich nicht zu erkennen gibt. Wenn daher Ziebarth glaubt, es lasse sich aus ihm überhaupt keine Entscheidung gewinnen, so ist dies ein Irrthum, aber ein leicht verzeihlicher; denn nur bei ganz genauer Beachtung kleiner Indicien und bei Kenntniß gewisser eigenthümlicher Regeln konnte ein fester Schluß auf die Ansicht des Accursius ermöglicht werden. Weniger entschuldbar ist, was Brünneck bei derselben Glosse berichtet. Dieser führt nämlich S. 75, Anm. 18 Gl. Agitur cit. an und bringt sie zum Abdruck; höchst auffallenderweise aber ist das in dem Abdruck mit den Worten Sed forte hic potest distingui beginnende

Stück in der Glosse gar nicht zu finden;[1] dieser ganze Abschnitt ist keine Glosse, sondern wahrscheinlich ein erklärender Zusatz von oder aus Bartolus zu Gl. Agitur cit. Was Brünneck gerade mit dem Inhalte dieses Abschnittes operirend über die Glossatoren sagt, kann demnach höchstens für Bartolus gelten; diesem letztern kommt dann die zweifelhafte Ehre zu, die eigenthümlichen Unterscheidungen erfunden zu haben, von welchen Brünneck des weitern handelt. Die Glossatoren kennen derlei Distinctionen nicht, nur derjenige, welcher deshalb restituere tenetur, weil eine dingliche Klage gegen ihn gerichtet ist, wird manu militari gezwungen, die Sache herauszugeben; der nur obligatorisch Verpflichtete kann blos zur Ersatzpflicht angehalten werden.

Die Glosse hat demnach den Unterschied zwischen jus in re und obligatio ebenso scharf durchgeführt, wie denjenigen zwischen actio in rem und actio in personam; sie kennt ebenso wenig etwas, was dem jus ad rem, wie etwas, was der actio personalis in rem scripta ähnlich wäre. Wenn sie weiter die innere Natur des Gegensatzes so bestimmt, daß das jus in re direkt auf die Sache, die obligatio zunächst auf die Handlung einer Person gehe, so kommt sie damit dem rein römischen Gegensatze gewiß auffallend nahe; störend und verwirrend ist nur die Verbindung von einerseits jus in re–actio in rem und andererseits obligatio-actio in personam. Umsomehr ist es anzuerkennen, daß Accursius, von dieser ausgehend, zu Resultaten gelangt ist, welche doch vielfach als durchaus zutreffend erscheinen.

Soviel über einige allgemeinere Begriffe, deren Erörterung für das Folgende nicht zu entbehren war; wir gelangen nunmehr zu unserer eigentlichen Aufgabe, der Lehre der Glosse vom Eigenthum.

---

[1] Soviel ich zu constatiren im Stande bin, nicht einmal als Zusatz in einer der spätern Glossenausgaben, obgleich diese so mannichfaltig sind, daß sich da nur schwer etwas Positives behaupten läßt; bestimmt aber nicht in den allein entscheidenden alten Drucken.

## §. 2.

## II. Begriff des Eigenthums.[1]

Dominium im weitesten Sinne bezeichnet, wie schon bemerkt, den Glossatoren das jus in re schlechthin; correct gebraucht wird der Ausdruck aber nur von dem jus plenum in re corporali, d. h. vom Eigenthum an einer körperlichen Sache. In dem weitern Sinne wird das Wort nur verwendet, um die jedem dinglichen Rechte inhärirende absolute Natur stringent zu bezeichnen, wobei die Glosse sich wohl dessen bewußt ist, daß sie über die eigentliche Bedeutung von dominium hinausgeht. Daher kann man da, wo die Glosse nicht gerade von der Natur des jus in re handelt, sicher sein, das Wort in seinem engern Sinne zu treffen, in welchem wir von nun an mit ihm zu thun haben; den naheliegenden Misgriff, sich durch die allgemeinere Anwendung des Ausdrucks dominium zur Annahme eines Eigenthnms auch an unkörperlichen Sachen verleiten zu lassen, haben die Glossatoren nicht begangen.

1) Kraft seines dominium[2] hat der dominus ein volles Recht auf und über den Körper und das juristische Schicksal der Sache in allen ihren Theilen und allen ihren Beziehungen; er braucht, wenn sein Eigenthum nachgewiesen ist, nicht mehr nachzuweisen, daß er irgendwie über sie zu verfügen, andere an jeder Verfügung über sie zu hindern berechtigt ist; nehmen vielmehr Dritte Rechte[3] an der Sache in Anspruch, welche sein Eigenthum beschränken, so liegt diesen der Nachweis dieser Rechte ob. Zwischen Eigenthum an Mobilien und Immobilien existirt kein Unterschied, beide Arten von Sachen gehören ihren Eigenthümern fest und unerschütterlich, und nur in äußerst seltenen Fällen kann das Eigenthum an ihnen ohne Willen des Eigenthümers verloren

[1] Vgl. die Glossen ad titt. D. de rei vind. 6, 1; si ususfructus petatur 7, 6; de acquir. rer. dom. 41, 1; und ad tit. Cod. de rei vind. 3, 32.

[2] Im engern Sinne, wie von jetzt ab immer.

[3] Servituten, Pfandrechte u. s. w., s. unten §. 30, S. 321.

gehen; derartige Fälle werden aber auch stets als Ausnahmefälle behandelt. In allen Lagen geht der Eigenthümer dem Besitzer vor, nur dann, wenn der publicianisch Besitzende seine causa vom Eigenthümer herleitet, oder sonst die bona fides dem erstern entscheidend zur Seite steht, muß der dominus nachgeben. Von der im Deutschen Recht vielerörterten „Relativität der Eigenthumsbegriffe" ist nicht die Rede; es gibt nur Ein Eigenthum und dies ist ein absolutes, die Sache ganz und ausschließlich ergreifendes.

Mit diesem civilistischen Eigenthum hat bekanntlich Martinus, sei es in schmeichelnder Absicht, sei es bona fide, das dominium mundi, welches dem Kaiser zusteht, verwechselt; Bulgarus antwortete mit der Unterscheidung zwischen dominium secundum proprietatem und secundum imperium; letzteres stehe dem Kaiser zu, ersteres nicht. Die Meinung des Martinus ist von den Glossatoren stets verworfen worden, schon der Ton, in welchem uns von ihr berichtet wird[1], beweist dies; das eigentlich civilistische dominium, von welchem hier die Rede ist, wird sich also genauer im Sinne der Glossatoren bestimmen lassen als dominium secundum proprietatem, oder, mit quellenmäßigem Ausdrucke, dominium proprietatis[2]; die weitere Consequenz, daß das Eigenthum hauptsächlich die sogenannten Proprietätsrechte enthalte, findet sich bei der Glosse aber nicht gezogen, vielmehr begegnen wir überhaupt näherer Analyse und Eintheilung derjenigen Befugnisse, welche den Inhalt des Eigenthums bilden, bei den Glossatoren nicht.

Dies bringt uns darauf, zu untersuchen, wie sich denn die Glossatoren das Eigenthum den einzelnen in ihm enthaltenen Rechten gegenüber dachten, ob als bloße Summe derselben oder

---

[1] Es handelt sich um die bekannte Erzählung von dem geschenkten Pferde, s. Savigny, Gesch. des Röm. Rechts, IV, 180 fg. und Gierke, Johannes Althusius und die Entwickelung der naturrechtlichen Staatstheorien (Breslau 1880), S. 268, Anm. 10.

[2] Demselben steht gegenüber ein staatliches Hoheitsrecht, dominium secundum imperium, von rein publicistischer Bedeutung; an dasselbe wird angeknüpft die Enteignungslehre. S. Georg Meyer, Das Recht der Expropriation (Leipzig 1868), S. 76 fg. und Gierke, Johann Althusius, S. 268 fg.

als ein über denselben stehendes Ganzes, aus welchem die verschiedenen Befugnisse fließen, ohne doch in ihrer Gesammtheit das Wesen des Eigenthums auszumachen. Um diese Frage zu beantworten, haben wir auf die Lehre der Glosse vom ususfructus formalis und causalis[1] einzugehen. Die eigentliche servitus utendi fruendi ist der ususfructus formalis, d. i. die besondere Rechtsfigur des ususfructus, der ususfructus als Rechtsinstitut. Dieser als solcher geht unter, wenn die Beschränkung des Eigenthums aufhört; zugleich lebt dann aber auf der ususfructus causalis, d. h. causalis e proprietate, der auf dem Grunde des Eigenthumsrechts beruhende ususfructus, welcher dann aber eine besondere Rechtsform nicht mehr hat. Ist einerseits dieses Entgegensetzen von forma und causa echt scholastisch, sowol der Sache wie der Form nach[2], so findet die Glosse für diese Terminologie doch auch civilistische Anknüpfung in l. 21, §. 3 D de rei judicatae exceptione 44, 2, wie es am Ende heißt: .. ususfructus .. quasi *ex nova causa* rursus meus esse coepit, eine Stelle, im Anschlusse an welche noch mehrere Glossen Hierherbezügliches ausführen. In allen diesen Glossen nun und in der hervorgehobenen Distinction selbst ist der Auffassung Ausdruck gegeben, daß einerseits zwar der eigentliche ususfructus als solcher eher Gegensatz, denn Theil des Eigenthums ist, daß aber doch andererseits ein ihm entsprechendes factisches Verhältniß aus dem Eigenthum folgt. Letzteres erscheint aber als dasjenige, woraus der ususfructus causalis erst fließt, als die causa dieses ususfructus, d. h. als ein über ihm stehendes: denn die Folge kann nie Theil der Ursache sein; die Glosse betrachtet demnach das Eigenthum als ein den seinen Inhalt bildenden Rechtsbefugnissen gegenüber Selbständiges. Besonders klar als solches tritt

[1] Diese Unterscheidung geben: Gl. Reverti ad leg. 3, §. 2 D. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur 7, 1 und Gl. Ususfructus in multis casibus ad leg. 4 D. eod. tit.; s. auch Placentinus, Summa Cod., in tit. 3, 33 im Anf.; in m. A., S. 115; und Azo, Summa Cod., in eundem titulum §. 1.

[2] Vgl. noch Placentinus, Summa Institutionum, libr. 2,4, ed. Schöffer, S. 28 letzte Zeile und S. 29 oben; es ist auch auf den höchst originellen Schluß dieses Titels, S. 29, Z. 7 u. 8, aufmerksam zu machen.

es auf in Gl. Ususfructus cit., wo ganz deutlich geschieden wird: .. pars dominii i. e. species: ut dominium sit quoddam totum continens sub se proprietatem nudam et usumfructum et secundum hoc aliud erit proprietas nuda, aliud dominium plenum; secundum P(lacentinum). *Vel verius dic* .. secundum R(ogerium) non .. est pars praedicamentalis .. Assimilatur autem etc. — Der Kern der Frage leuchtet hier trotz des scholastischen Gewandes recht augenscheinlich durch, die Antwort ist präcis gegeben und sogar die mittelalterliche Schul-Terminologie[1] scheint in ganz glücklicher Weise zur Darlegung des Sachverhältnisses benutzt.



Auch das Haupthinderniß einer scharfen Begriffsbildung ist wohl ersichtlich; zu jener Zeit bereits zeigte sich das dominium nudum als störende logische Inconcinnität, ebenso wie es wol heute den bösen Stein des Anstoßes bildet; und die verschiedenen hier zusammenkommenden Schwierigkeiten scheinen auch damals schon gerade die logischen Köpfe besonders angezogen zu haben. Zu diesen gehörte, wie schon bemerkt, in erster Reihe Placentinus; er hat sich freilich hier bei dem Versuche, eine allen möglichen Erscheinungsformen des Eigenthums adäquate Construction zu gewinnen, verleiten lassen, vom richtigen Wege abzuweichen, wie ihm dies denn trotz aller — wenn man den modernen Ausdruck gestatten will — Genialität wol häufiger vorkommt; während Rogerius, ein Autor, dessen eigene Schriften das Maß der Glossatoren zweiten Ranges kaum übersteigen, und der hauptsächlich durch seine Controversensammlung[2] bedeutend

---

[1] Wegen der Theorie von der divisio im Mittelalter s. Prantl, Geschichte der Logik, zuerst bei Boethius (I, 686 fg.), dann bei der scholastischen Logik, II, a. v. O., z. B. bei Abälard in seinem Liber divisionum, II, 192 fg. — Pars integralis des Eigenthums wäre der Ususfruct, wenn er als wesentlicher Bestandtheil mit noch einigen andern Rechten zusammen das Eigenthum ausmachte; pars praedicamentalis ist er, wenn er von dem Eigenthum ausgesagt werden kann; selbst dies letztere sind aber Rogerius und die Glosse einzuräumen offenbar nicht geneigt.

[2] S. diese bei Hänel, Dissensiones dominorum, S. 73—122; vgl. Savigny, IV, §. 60—67, S. 194—224, so wie das oben, erster Theil, §. 2, über Rogerius Bemerkte.

ist, dem gegenüber die wahrscheinlich gewöhnliche, jedenfalls aber richtige Ansicht repräsentirt, welche denn auch von Accursius approbirt ist. — Nichtsdestoweniger darf hier wol noch des ihr innewohnenden allgemeinen Interesses halber eine Glosse citirt werden, welche jene Meinung des Glossators von Piacenza weiter ausführt; es handelt sich um Gl. Servitutis ad leg. 25 pr. D. de V. S. 50, 16, welche folgendermaßen lautet: ... ususfructus est pars dominii[1] et non est pars dominii; utrumque verum, secundum dialecticos; est pars dominii legalis[2], non est pars dominii praedicativa sive subjectiva, ut posita specie ponatur genus, ut homo, ergo animal; nam non sequitur est fructus, ergo dominium sc. plenum; sed est legalis i. e. integralis, quia simul juncta proprietas et fructus faciunt dominium sc. plenum; secundum P(lacentinum).[3] Man sieht, wie hübsch das alles auseinandergelegt ist und wie der Autor hier eine vom logisch-dialektischen Standpunkte aus gesicherte Stellung gewonnen zu haben glaubt; Accursius aber setzt sogleich, allerdings ohne sich auf eine eigentliche Widerlegung einzulassen, eine kurz verwerfende Notiz darauf, indem er mit den Worten: vel dic tertio ut not.(avi) in leg. de usufructu IV auf die Gl. Ususfructus cit. zurückverweist.

Hat sonach Placentinus auch den Versuch gemacht und in eleganter Weise durchgeführt, das Eigenthum als die Summe der Proprietäts- und der Nutzungsrechte darzustellen, so ist diese Auffassung doch von der Glosse verworfen worden und stellt sich sonach die Eigenthumsidee der Glosse auch in dieser Beziehung als eine der römischen adäquate dar. Man kann daher das bisherige Resultat unserer Untersuchungen wol als ein recht befriedigendes betrachten; weniger günstig für die Glossatoren aber wird die Sachlage, wenn wir uns nun der Frage nähern, wie beim Eigenthum

[1] S. auch Pillius, Quaestio CXXXV, im Abschnitte Ex adverso.

[2] Pars legalis ist hier das, was sogleich als pars integralis bezeichnet wird, nur in mehr juristischer Redeweise; s. wegen der sonstigen Ausdrücke S. 95, Anm. 1.

[3] Hiermit stimmt genau Placentinus, Summa Cod., loco initio § i citato.

Klage und Recht zusammenhängen, wobei an die im vorigen Paragraphen gewonnenen Resultate anzuknüpfen ist. Wie jeder actio in rem ein jus in re, so entspricht nach der streng durchgeführten Theorie der Glosse jeder vindicatio ein dominium; und da nun das Römische Recht eine vindicatio directa und eine vindicatio utilis kennt, so mußte die Glosse sich ein dominium directum und ein dominium utile construiren. Das bisher Auseinandergesetzte paßt völlig nur auf ersteres[1]; mit letzterm verhält es sich näher folgendermaßen.

2) Dominium utile nennt die Glosse[2] das Verhältniß desjenigen zur Sache, welcher zur Erlangung derselben die vindicatio utilis hat. Eine solche Vindication gewährt aber das Römische Recht zunächst gewissen Personen, welche nach strengem Rechte freilich nicht Eigenthümer sind, welche jedoch das positive Recht aus Billigkeit in ein Eigenthumsverhältniß zur Sache setzt; so der Frau für die Zeit nach Auflösung der Ehe auf die noch nicht restituirten Dotalsachen; dem Soldaten auf die von seinem Gelde gekauften Sachen; dem Präscribenten auf die präscribirte Sache.[3] Wenn hier die Glosse das eigenthümliche Verhältniß, in welchem Frau, Soldat und Präscribent zu den verschiedenen Sachen stehen, dominium utile nennt, so ist dies nicht einmal absolut verwerflich; denn ein dem Eigenthum thatsächlich annähernd gleichwerthiges Recht ist es allerdings; nur daß vielleicht die Bequemlichkeit, welche man mit dem Ausdruck dominium utile zur Classification jener eigenthümlichen Fälle gewann, Schuld daran gewesen ist, daß man sich der ausnahmsweisen Natur derselben nicht sattsam bewußt wurde und ihnen daher auch zu wenig Be-

[1] Wie übrigens auch die Glosse unter „dominium" schlechthin durchweg nur ersteres verstanden haben will, s. Lang, am sogleich anzugebenden Ort, S. 10.

[2] Vgl. C. H. Lang, de dominii utilis natura et indole (Göttingen 1793), mit manchen Notizen über die Theorie der Glosse und ihre Ausbildung, S. 8—10; und Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Röm. Rechts, Bd. 2, Abth. 3, S. 77 fg. — S. außerdem noch Vangerow, Pandekten, I, §. 302 und die dort angeführten Glossen.

[3] Nach der Theorie der Glosse werden Immobilien präscribirt, Mobilien usukapirt; die vollendete Usukapion gibt volles Eigenthum, die vollendete Präscription nur dominium utile; s. unten §. 9.

achtung schenkte. Immerhin war dies noch erträglich; zu einem schweren systematischen Fehler ward die Annahme des genauen Zusammenhangs von actio in rem und vindicatio utilis erst infolge eines weitern Umstandes. Das Römische Recht gewährt nämlich ferner die vindicatio utilis solchen blos an fremder Sache dinglich Berechtigten, deren dingliches Recht, wie z. B. dasjenige des Emphyteuta, des Superficiars, die Sache in sehr weitem Umfange ergreift; und die starre Consequenz hat nun die Glosse dazu gebracht, auch diese als domini utiles, ihr jus in re aliena als dominium utile zu bezeichnen.

So haben wir nunmehr eine allgemeine Rubrik des dominium utile, welche zwei ganz verschiedene Verhältnisse umspannt; dasjenige der in eigenthumsartiger Beziehung zur Sache stehenden Personen, wie des Soldaten, des Präscribenten u. s. w., und dasjenige des in umfassendem Maße dinglich an einer fremden Sache Berechtigten. Diese heterogene Zusammensetzung ihres Begriffs von dominium utile scheint den Glossatoren nie Bedenken erregt zu haben, ja, ihnen gar nicht zum Bewußtsein gekommen zu sein; dagegen finden sich wol Stellen, welche erkennen lassen, daß man die Schwierigkeit, von der actio utilis so ohne weiteres auf das dominium utile zu schließen, im einzelnen Falle doch empfand, wenn man auch theoretisch ein derartiges Verfahren für correct hielt. Das Ende der Gl. Acquisitio ad leg. 3 D. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3 lautet z. B. folgendermaßen: . . patet, quod hoc verbum dominii diversimode accipitur pro directo et utili, sic tit. de off. proc. l. II (l. 2 D. 1, 16). Gl. Manumitti ad leg. 2 cit. handelt nun aber von der logischen Regel, nach welcher ein Wort sich bald proprie, bald improprie gebrauchen läßt. Auf diese Regel bezieht sich offenbar die Verweisung, welche Gl. Acquisitio cit. gibt; d. h. diese Glosse drückt durch diese Verweisung in der für die glossirende Form charakteristischen knappen Weise aus, daß, wenn auf den utiliter vindicans die Worte dominus utilis, dominium utile angewendet werden, dies improprie geschehe.[1]

[1] Ebenso charakteristisch ist die Art, in welcher die Möglichkeit der dop-

Daß die Verwendung eines Wortes im übertragenen Sinne juristisch nicht ungefährlich, scheinen die Glossatoren aber auch gefühlt zu haben; wenigstens tritt ein solches Bewußtsein derselben darin hervor, daß wol der Ausdruck dominium utile durch die sofort hinzugesetzte Erklärung sive effectus dominii gleichsam beschränkend erläutert wird, s. Gl. Et usucapionibus ad leg. 20 C. de pactis 2, 3. Eine ähnliche Empfindung liegt zu Grunde, wenn wir trotz ihrer Schwerfälligkeit häufiger Ausdrücke angewendet finden, wie: Est quis dominus directo sive utiliter, s. verschiedene unter den bei Vangerow loc. cit. angeführten Glossen. Wollen wir diese Stufe einer gewissen Aengstlichkeit auch zeitlich näher bestimmen, so dürfte man sie vielleicht in die Epoche des Johannes Bassianus setzen; wenigstens böte sich hierfür ein Anhalt in Gl. In rem ad leg. 1, §. 1 D. si ager vectigalis 6, 3. Dazu nämlich, daß dieses Fragment dem Pächter eines ager vectigalis die actio in rem (utilis) gibt, bemerkt Accursius: Et nota sec. Io(hannem Bassianum), quod non dicit hic, quod etiam utile habeat dominium; sed satis potest dici; verumtamen lex non vocat eum heredem vel dominum, qui habet utiles actiones. Ganz klar prägt sich hier das Zögern beim Mangel eines gesetzlichen Anhaltes auf der einen und dem Wunsche nach dem bequemen und scholastisch-systematisch der doppelten Art der vindicatio so genau entsprechenden Ausdruck auf der andern Seite aus.[1]

---

pelten Bedeutung eines und desselben Wortes — eigentlicher und übertragener Sinn — in Gl. Manumitti cit. illustrirt wird. Als Beispiel wird nämlich hervorgehoben der Unterschied zwischen den Bedeutungen, welche das Wort currere hat in den Verbindungen homo currit und Sequana currit; correcterweise müsse vom Flusse gesagt werden labitur (wobei denn freilich auch wieder die Verbindung homo labitur gestattet erscheint). Unzweifelhaft haben wir hier ein scholastisches Schulbeispiel vor uns; besonders interessant an demselben ist der Umstand, daß, trotz des rein italienischen Ursprungs des Werkes, in welchem wir es getroffen haben, gerade die Seine als Namen eines Flusses gewählt ist, ein Namen, welcher in Italien so wenig bekannt war, daß noch der Drucker de Tortis druckt Secana, und der Glossator für nothwendig findet, die weitere Erklärung zuzusetzen: quod est flumen Parisiense. Dies verweist deutlich auf Paris als den Sitz und Mittelpunkt der mittelalterlichen Logik und Dialektik.

[1] Die Aengstlichkeit, mit welcher man sich in dieser Frage bewegt, dürfte

So dürfte man lange auf diese behutsame Weise verfahren sein und immer irgendwie auf das nicht Adäquate der Redeweise verwiesen haben; es ist aber nicht zu verkennen, daß die Accursische Glosse im allgemeinen über diesen Standpunkt hinausgegangen ist; in den bei weitem meisten Fällen ist schlankweg von dominium utile ohne zweifelnden oder beschränkenden Zusatz die Rede und die Terminologie hat sich in dieser Bedeutung vollständig fixirt, so daß auch Emphyteuta, Superficiar und Vasall geradezu als domini, wenn auch nur utiles, gelten.

So viel über die Unterscheidung der Glosse zwischen dominium directum und utile. Einerseits kann nicht geleugnet werden, daß ein Ansatz zu der spätern irregehenden und immer mehr vom Römischen Rechte abweichenden Doctrin schon in ihr zu bemerken ist; die Wendungen dominium utile, dominus utilis werden nicht blos für dem Eigenthum wirklich analoge Fälle, sondern auch bei Rechten an fremder Sache gebraucht; hin und wieder sind freilich einzelne Spuren der Zaghaftigkeit bei Anwendung jener Ausdrücke wahrnehmbar; großentheils bedient man sich derselben aber ohne jegliche Scheu. Andererseits jedoch findet sich das später so gefährlich auftretende Trugbild des Nutzungseigenthums [1] bei der Glosse nicht einmal andeutungsweise; wenn das zufällige Zusammentreffen germanistischer Ideen mit dem Ausdrucke utilis, welcher die Interpretation nach der Seite des

---

aber auch theilweise daher stammen, daß eine vor-Irnerische Tradition die utilis in rem actio ganz ausdrücklich dem non dominus zuweist, wozu es sich denn in einen sehr scharfen Gegensatz setzen hieß, wenn man nun den utiliter vindicans als dominus bezeichnete: insofern scheint in dem Zögern der frühern Glossatoren eine Spur des Zusammenhangs vor-Irnerischer Jurisprudenz mit derjenigen der Glossatorenschule gefunden werden zu können. S. bei Fitting, Juristische Schriften, Compendium juris (H IV) §. 9, 10, S. 134 und De natura actionum (H I) §. 63, S. 125, wozu zu vergleichen Fitting libro cit., S. 49.

[1] Wie weit von diesem z. B. auch Azo entfernt ist, dafür s. seine Summa Cod., tit. 3, 33, §. 2 a. E., wo es heißt: Utendo autem dicitur (ususfructus) in differentiam utilis dominii, quod in rebus alienis habetur; dem entspricht denn auch, was derselbe Autor über dominium utile bemerkt in seiner Summa tituli C. de rei vindicatione 3, 32, §. 3. — Der Usufructuar ist nach Azo und der Glosse nicht dominus utilis.

Gebrauchs (uti) hin gestattete, in der folgenden Zeit zu Misbildungen veranlaßte, so ist den Glossatoren hieran gewiß keine Schuld beizumessen. Ihr Irrthum geht nur so weit, wie er durch ihre eigenthümliche Auffassung des Verhältnisses von Klage und Recht bedingt und erklärlich ist; auch werden wir im Laufe unserer Darstellung einzelne praktische Folgen desselben nur selten zu verzeichnen haben.

3) Andere Eintheilungen des Eigenthums kennt die Glosse kaum; es ist schon bemerkt, daß sie zwischen dinglichen Rechten an Mobilien und Immobilien nicht unterscheidet; für historische Eintheilungen hat sie wenig Interesse, und so findet die Verschiedenheit von bonitarischem und quiritischem Eigenthum, sowie von res mancipi und nec mancipi kaum Berücksichtigung; man sehe nur die überaus dürftigen Glossen ad leg. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo 7, 25, sowie etwa noch die Bemerkungen in der Gl. Res mancipi ad leg. unic. §. 4 C. de usucapione transformanda 7, 31, wo unter anderm die bei dem Worte mancipium häufig wiederkehrende Erklärung gegeben wird: alias mancipes dicuntur conductores salis, eine Bedeutung, welche aus l. 11 C. de vectigalibus 4, 61 entnommen ist, obgleich Accursius diese letztere Stelle mit der Bemerkung Non legitur versehen hat.

---

## III. Erwerb des Eigenthums.

### §. 3.

### A. Eintheilung der Erwerbsgründe.

Wenn die Glosse bei der Eintheilung der Erwerbsgründe ein besonderes System befolgte, oder sonstwie auf ein solches hinwiese, so würde die genauere Erörterung desselben von hervorragender Wichtigkeit sein. Derartiges ist aber hier wie sonst bei ihr nicht der Fall; mit den Quellen hinfließend und sich an dieselben anschmiegend, ist die Glosse zu eigenen großen systematischen Constructionen nicht im Stande. Im allgemeinen nimmt sie viel-

mehr die im Römischen Recht gegebene Unterscheidung zwischen Erwerb jure naturali und jure civili an, ohne sich aber von derselben sonderlich beeinflussen zu lassen und ohne dieselbe streng überall durchzuführen; diese Distinction scharf zu betonen und zur Grundlage des Weitern zu machen, erscheint daher unzulässig, und da ferner die Glosse Eigenthümliches bei der Behandlung derselben nicht bietet, so erscheint es auch unnöthig, auf diesem Punkte weiter zu insistiren. Wenden wir uns daher nun direct zu den einzelnen Eigenthums-Erwerbsarten.

## B. Eigenthumsübergang durch Tradition.

### §. 4.

### 1. Allgemeines.

I. Die am häufigsten vorkommende Weise des Eigenthumserwerbs ist wol die, daß der Erwerbende das Eigenthum, welches bisher einem andern zustand, mit dessen Willen und durch dessen und seine auf diesen Eigenthumsübergang gemeinsam gerichtete Thätigkeit erwirbt. Wir nennen einen derartigen Eigenthumserwerb einen solchen durch Tradition. Bei dem Erwerb durch Tradition nun unterscheidet die Glosse zwei Elemente: die Willenseinigung zwischen Erwerber und bisherigem Eigenthümer, und die Eigenthums-Uebertragungshandlung, welche in der Uebertragung des Besitzes, der eigentlichen Tradition, besteht. Dies ist der Keim der später so wichtig gewordenen und so viel allgemeiner angewandten Unterscheidung zwischen causa sive titulus und modus acquirendi.[1]

Die Frage, wie weit die Glosse eine solche kennt und welches der Zusammenhang zwischen der spätern Doctrin und der Lehre der Glosse über diesen Punkt ist, besitzt bereits eine kleine Literatur, welche hauptsächlich an Gl. Nec enim sicut ad leg. 3, §. 4

[1] Besondere Autoren für diese früher ebenso durchgängig bei der Lehre vom Eigenthumserwerb herrschende, wie seit Hugo verlassene Unterscheidung zu citiren, ist wol unnöthig; s. die sogleich anzuführenden Schriften von Hugo, Hoffmann und Stintzing.

D. de acqu. vel am. poss. 41, 2 anknüpft. Die Glosse legt sich folgende Schwierigkeit zur Lösung vor: Wenn ich aus mehrern Gründen, etwa pro meo und pro herede, eine Sache besitzen und usukapiren kann, bin ich dann nicht auch nach vollendeter Usukapion aus eben jenen beiden Gründen Eigenthümer, der Regel entgegen, daß man nur aus Einem Grunde Eigenthümer Einer Sache sein kann? Sie fährt dann fort: Responde proximam causam inspici, i. e. traditionem sive acquisitionem possessionis; non remotam, sc. causam ex qua fit traditio.[1] Schon Hugo (Civilistisches Magazin, IV, 153 fg.) hat diese Stelle benutzt, um zu zeigen, wo der Anfang der von ihm bekämpften Lehre von titulus und modus acquirendi zu suchen sei; er hat dabei aber auch zugleich schon bemerkt, daß im Gegensatze zu der spätern weitgehenden Ausbildung einer Doctrin, welche die Nothwendigkeit jener beiden Stücke zu jedem Eigenthumserwerb predigte, jene Stelle nur eine leichte, allenfalls noch zu billigende Abweichung vom Römischen Sprachgebrauche enthalte. Causa remota ist nach unserer Glosse die causa, propter quam traditio sequitur, d. h. also das, was später titulus heißt; causa proxima ist die traditio, der Besitzerwerb, d. h. also das, was später durchweg modus genannt wird. Diese Stücke genügen beim Eigenthumserwerb durch Uebergabe im allgemeinen; ist aber bei jener Uebergabe noch irgendein Fehler vorhanden, hauptsächlich vielleicht in der Person des Uebergebenden, der etwa nicht Eigenthümer war, so muß nun noch ein Drittes, die Usukapion, hinzukommen, um jenen Fehler wieder gut zu machen. Siehe Hugo, loc. cit. S. 156 oben, und vergleiche die Art und Weise, wie die Glosse fortfährt: Et sic nota tria: causa sc. traditionis seu *titulus*, qui possunt esse plures uno vel diverso tempore inchoantes; secundo est traditio possessionis, quae est una; tertio usucapio, quae nascitur e primis duobus. Da haben wir die neue Terminologie vollständig, aber beschränkt auf den-

[1] Höchst verunstaltet ist diese Stelle übrigens in manchen spätern Drucken: so steht in meiner Ausgabe 1550 hinter acquisitionem ein Komma, possessionis aber ist in pos. abgekürzt und so der ganze Zusammenhang verdunkelt.

jenigen Eigenthumserwerb, welcher infolge Uebergabe oder infolge auf Uebergabe nachfolgender Ersitzung eintritt. In dieser Verbindung läßt sich sachlich nicht viel dagegen einwenden, wenn jene beiden resp. drei Requisiten als nothwendig aufgeführt werden; die citirte Glosse gibt, wie Hugo loc. cit. auch andeutet, weiter nichts als eine Umschreibung der l. 20 C. de pactis 2, 3[1], wobei nur die rein römische Ausdrucksweise mit der scholastischen von causa proxima und remota vertauscht ist. Ganz wie die Glosse macht auch Azo, Summa sec. libri J. Rubr. I de rerum dominio acquirendo §. 68 die betreffende Unterscheidung nur bei Gelegenheit der traditio; und selbst noch bei Johann Apel[2], bei welchem sie sich dann zum ersten mal in der Geschichte der deutschen Jurisprudenz wieder zeigt, tritt sie lediglich in jener Beschränkung auf, in welcher sie „einen vollkommen richtigen systematischen Gedanken"[3] enthält. Dieser Gedanke „ist erst später verallgemeinert und dadurch verunstaltet worden"[3], und zwar hauptsächlich durch Dethard Horst[4], welcher ihn zuerst als Grundlage für die Eintheilung aller Eigenthumserwerbsgründe verwerthet hat. Die Glosse kann also hierfür gewiß kein Tadel treffen, eher gebührte ihr ein Lob dafür, wie sie sich genau in den richtigen Grenzen zu halten gewußt hat.[5]

Dem bisher Entwickelten entgegen leugnet jeden Zusammenhang zwischen Gl. Nec enim sicut cit. und der spätern Entwickelung Hoffmann in der dogmengeschichtlichen Untersuchung, welche er in seinem Werke „Das Dogma von titulus und modus acquirendi" gibt. (In der ersten Abtheilung seines Buches: Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der justa

---

[1] Traditionibus . . non nudis pactis dominia rerum transferuntur.

[2] Johann Apel ist 1486 in Nürnberg geboren und ebendort im Jahre 1536 gestorben; s. über ihn Stintzing, Gesch. der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 287—305, speciell S. 295—296.

[3] S. Stintzing, loc. cit.

[4] Dethard Horst ist geboren zu Norden in Ostfriesland 1548, gestorben zu Wittenberg 1618; s. Stintzing, libro cit., S. 449—452, speciell S. 451.

[5] Dem entspricht es denn auch, daß l. 31 pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1 von der Glosse nicht urgirt wird, da sie in diese Stelle nicht mehr hineinzulegen braucht, als in ihr liegt und klar ausgedrückt ist.

causa traditionis, Wien 1873, S. 1—42, speciell S. 37—42). In dieser höchst interessanten Darstellung scheint aber denn doch überhaupt das, was hinter Johann Apel zurückreicht, nicht so ganz klar und zutreffend. Wenn nämlich unter IV zuerst davon die Rede ist, daß die hier fragliche Unterscheidung mit den scholastisch-Aristotelischen Kategorien der Möglichkeit und Wirklichkeit zusammenhänge, und gleich darauf (S. 38) von der Verbindung derselben Unterscheidung mit den damaligen Anschauungen über causa proxima und remota gehandelt wird, so wäre doch wol deutlicher darauf hinzuweisen gewesen, daß jene letztern Ideen sicher schon die Glossatoren beeinflußt haben[1], an eine Wirkung der erstern aber höchstens von den Zeiten nach Accursius ab gedacht werden kann: da der arabische Aristotelismus, von welchem sie ausgehen, erst gegen die Mitte des 13. Jahrhunderts über das abendländisch-christliche Europa sich ausbreitete.[2] — Weiterhin ist es mir nicht ganz klar, warum Hoffmann den von ihm citirten Theil der Gl. Nec enim sicut cit. dem Azo zuschreibt, während Accursius bei einer ganz andern Lösung der ihn in dieser Glosse eigentlich beschäftigenden Schwierigkeit hinzusetzt sec. Azonem. — Schließlich muß denn auch bezweifelt werden, ob Hoffmann zwingende Gründe[3] dafür angibt, daß gar kein Zusammenhang zwischen

---

[1] S. über die Gewohnheit der Glossatoren, mit bestimmten Arten des Grundes zu operiren, Ratjen, a. a. O.; es kommen bei ihnen allerdings nicht blos causa proxima und remota, sondern alle vier Ursachen (Form, Stoff, Urheber, Zweck) in Betracht.

[2] S. oben, S. 25.

[3] Hoffmann führt für seine Ansicht drei Gründe an: 1) die Unterscheidung zwischen causa proxima und remota sei damals so im Schwange gewesen, daß man sie nicht auf einen bestimmten ersten Fall dürfe zurückführen wollen; dies ist einzuräumen und darum die im Texte eingeschaltete Verallgemeinerung; 2) der Sprachgebrauch in unserer Glosse decke sich nicht völlig mit dem später in der betreffenden Lehre gebräuchlichen, denn nach diesem müßte man die usucapio als causa proxima, die traditio als causa remota bezeichnen; dies glaube ich durch meine im Vorhergehenden gegebene Interpretation der Glosse widerlegt zu haben; und 3) diese Unterscheidung komme bei den Juristen in mannichfacher Verbindung, nicht auf die Lehre vom Eigenthumserwerbe beschränkt, vor, was doch nichts daran ändert, daß sie hier in der Lehre vom Eigenthumserwerbe vorkommt und daß sie für diese nach und nach besondere Bedeutung gewonnen hat.

unserer Glosse und der spätern Theorie bestehe; höchstens ließe sich zugeben, daß es vielleicht nicht gerade auf diese Glosse, sondern nur auf die Anschauung ankommt, welche in derselben ihren Ausdruck gefunden hat; während allerdings Voigt[1], unter Berufung auf Häuel[2], die Glosse ad leg. 3, §. 4 cit. wieder ausdrücklich als Ausgangspunkt der spätern Lehre bezeichnet.

Jedenfalls dürfte hiermit nachgewiesen sein, daß die Glosse zum Eigenthumserwerb durch Tradition fordert

1) eine Willenseinigung zwischen Tradenten und Accipienten, welche die causa remota des Eigenthumsübergangs ist, und

2) die Uebertragung des Besitzes vom Tradenten auf den Accipienten, welche die causa proxima des Eigenthumsübergangs ist.

Wir haben jetzt beide Stücke gesondert zu betrachten.

II. Von den beiden Gliedern causa und modus acquirendi dominii hat sich das eine bis in die heutige Theorie unter dem Namen causa traditionis bei der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Tradition erhalten; und so bedarf denn auch nach der Lehre der Glosse die Tradition zunächst einer causa. Wie nämlich bei der obligatio[3] die causa der contractus ist, so bildet bei der Tradition die, sei es förmliche, sei es formlose Eigenthumsübertragungs-Verabredung die causa des Eigenthumsübergangs; diese Verabredung, causa traditionis, ist also das, was wir im Vorhergehenden als causa remota bezeichnet haben. Doch denkt die Glosse nicht daran, irgendeine bestimmte Obligation, gerichtet auf Uebertragung des Eigenthums, zu verlangen. Ueberhaupt hat diese ganze Frage hier noch nicht das störende Uebergewicht erlangt, welches ihr wol später beigelegt wird, sondern es herrscht die natürliche Auffassung vor, daß eben bei jeder zweiseitigen Handlung, wie die traditio eine ist, eine Uebereinkunft zwischen den Handelnden vorliegen muß, welche dann eben die causa ihrer Handlung bildet. So wenig nun die Römer bei

---

[1] Voigt, Die Condictiones ob causam und über causa und titulus im allgemeinen, S. 174.

[2] Häuel, de acquirendo rerum dominio, §. 3.

[3] S. oben, §. 1.

dem Eigenthumsübergang per traditionem die Form — Besitzesübergabe — von einem zu Grunde liegenden „sachenrechtlichen Vertrage"[1] scheiden, so wenig thut die Glosse dergleichen; jene Uebereinkunft muß daher einen Schritt weiter zurückverlegt werden und so gelangen wir zur justa causa *praecedens.*[2] Daß diese Präcedenz jedoch als eine zeitliche aufgefaßt worden wäre, dafür finden sich keine Spuren, und da die Glossatoren mit dem Aristotelischen Unterschiede zwischen tempore und ratione praecedens häufig operiren, seine Anwendung aber hier gewiß naheliegend war, so konnte sich eine Schwierigkeit z. B. wegen des Handgeschenkes[3] nicht ergeben. Die Collision, welche drohte, war vielmehr diejenige mit der Lehre von der condictio; dies hat denn auch Gl. Justa causa ad leg. 31 pr. D. de acquir. rer. dom. 41, 1 bereits mit aller wünschenswerthen Genauigkeit erkannt und der Gefahr dadurch vorgebeugt, daß sie als genügend zum Eigenthumsübergange eine justa causa putativa bezeichnet, da sonst totus titulus de condictione indebiti repugnaret, qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicujus rei ex putativa causa. Man mag dies nun ja als eine nicht ganz zu billigende „Abweichung nach der subjectiven Seite"[4] betrachten, da Accursius aber, wie schon erwähnt, die ganze Frage noch nicht als eine durchschlagend bedeutende behandelt und daher dieselbe auch nicht weiter verfolgt hat, so ist er vor allen gefährlichen Consequenzen, welche sich etwa hätten ergeben können, bewahrt geblieben.

III. Weit ausführlicher und eingehender hat Accursius hin-

---

[1] Ist dieser von den Neuern viel gebrauchte Begriff überhaupt römisch? oder auch nur römisch-rechtlich möglich?

[2] An diese, später technisch gewordene participiale Form erinnert schon, m. W. zuerst, die Wendung „aliquo titulo praecedente" im Brachylogus, Lib. II, tit. VIII, §. 5 (Ed. Bœcking, S. 40).

[3] Der Einzige, welcher hier vielleicht an der Lehre von der justa causa praecedens hätte ein Hinderniß finden können, ist Placentinus, denn dieser legt auf sie allerdings ganz besondern Nachdruck. S. Placentini Summa Inst., libr. II, 1, ed. Schöffer (1537), S. 21, Z. 14 fg. v. u.

[4] S. Hoffmann, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der justa causa traditionis, S. 56, Abs. 1.

gegen den zweiten zum Eigenthumsübergange durch Willen des bisherigen Eigenthümers nöthigen Punkt, nämlich die Besitzesübertragung, d. h. die Tradition selbst, behandelt. Der feste Grundsatz des Römischen Rechts, daß zum Uebergange des Eigenthums ein bloßer Vertrag nicht genüge, sondern Besitzestradition hinzukommen müsse, ist in demselben so scharf und allgemein durchgeführt, daß es wol keinem auf römischen Quellen beruhenden System möglich sein wird, denselben zu verkennen. Nur Umfang und Bedeutung der Ausnahmen können zur Frage kommen; solcher Ausnahmen nun stellt Gl. Recte aget ad leg. 50 §. 1 D. de rei vindicatione 6, 1 folgende auf:

1) Für allen Eigenthumserwerb mortis causa, infolge von hereditas, bonorum possessio, fideicommissaria hereditas oder Legat — eine Ausnahme, welche eigentlich, da Erbschaftsfälle keine Verträge sind, eine selbständige Regel enthält.

2) Für Kirchen und milde Stiftungen soll durch bloße Schenkung oder bloßen Kauf das Eigenthum erworben sein; s. Gl. In rem ad leg. 23, §. 1 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2. Die große Anomalie, welche in dieser Bestimmung liegt, wird völlig anerkannt, ja, man sucht ihr einen bezeichnenden Ausdruck dadurch zu geben, daß der beschenkten oder gekauft habenden Kirche nur eine utilis rei vindicatio mit „dominium utile" zugestanden wird.[1] Doch trägt die Glosse kein Bedenken in dem Falle, daß eine Kirche gekauft hat, ohne daß ihr tradirt worden ist, dann aber irgendein anderer gekauft hat, welchem tradirt worden ist, ersterer das Eigenthum zuzusprechen. Setzt Accursius allerdings hinzu praelata utili actione directae — als habe jener zweite Käufer eine vindicatio directa erworben — so ist dies unzutreffend, denn der Verkäufer ist ja nach dem ersten Verkaufe gar nicht mehr Eigenthümer, wenn man einmal l. 23, §. 1 C. cit. wie die Glosse auffaßt, kann also dem spätern Käufer, wenngleich er ihm tradirt, kein Eigenthumsrecht mehr übertragen. Dieser Irrthum des Accursius beweist aber nur, wie tief er in der rö-

[1] Vgl. noch Pillius, Quaestio CXXXI, a. E. der Vorbemerkung, und Quaestio CXXXIII durchweg.

mischen Idee befangen war, daß der Verkäufer bis zur Tradition Eigenthümer bleibe. — Im übrigen kommt nun auch noch die Frage vor, ob, da die kaufende Kirche so außerordentlich privilegirt sei, sie auch vor Zahlung des Kaufpreises Eigenthümerin werde; dies wird verneint und zum Schlusse klar und richtig bemerkt: in eadem causa vindicat (sc. ecclesia) sine traditione, qua et privatus facta traditione.

3) Für das pactum legis commissoriae et addictionis in diem. Ein Versuch, diese Ausnahme ihrem Grunde nach zu erklären, wird gar nicht gemacht, sondern dieselbe einfach als Thatsache hingestellt; vgl. Gl. Non vindicationem ad leg. 4 C. de pactis inter empt. et vendit. 4, 54 und Gl. Uti ad leg. 41 pr. D. de rei vind. 6, 1.

Dies sind die allgemeinen Ausnahmen, welche die Glosse aufstellt; zu erörtern bleiben noch einige Specialfälle.

4) Eine der schwierigsten Stellen in dieser Lehre ist wol l. 16 D. de fundo dotali 23, 5; die Exegese steht ihr noch heutzutage so unvermögend gegenüber, daß selbst Windscheid[1] zu dem verzweifelten Mittel greift, sie so verstanden wissen zu wollen, als sei dem Manne nur die Vindication cedirt. Diese Erklärung kennt auch schon die Gl. Periculi ad h. l., welche dieselbe aber verwirft, indem sie sich weigert anzuerkennen, es könne ein Grundstück fundus dotalis heißen, wenn dem Manne blos dessen Vindication überlassen sei, sie sagt ausdrücklich Litera non patitur und beruft sich hierfür auf l. 58, §. 1 D. de jure dotium 23, 3, vgl. Gl. Liberatio ad leg. 58, §. 1 D. cit. Die andere Erklärung, welche daher nöthig wird, liefert dieselbe Gl. Periculi, und zwar eine um so interessantere, als sie uns in die ganze Lehre vom Besitz[2] nach der Theorie der Glosse einen tiefen Einblick gestattet. Die Frau soll nämlich dem Manne das Grundstück dadurch tradirt haben, daß sie ihn in fundum inducirt habe in Abwesenheit und ohne Wissen des Drittbesitzers, welcher dennoch in seinem Usukapionsbesitze nicht gestört worden sei. Daß

[1] Lehrbuch der Pandekten, 5. Aufl., I, §. 171, Anm. 2, S. 538.
[2] Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, §. 12.

Accursius zu dem beim Eigenthumsübergange durch traditio nöthigen Besitzerwerbe nicht gerade inductio in vacuam possessionem, traditio possessionis vacuae[1] forderte, läßt sich allerdings aus einer ganzen Anzahl von Glossen schließen[2]; hier scheint er aber noch gar viel weiter zu gehen, ja, dieser stille Inductionsact, welcher nicht einmal den Dritten in der Usukapion stört, ist etwas so Aeußerliches, so Unerhebliches, daß man fast meinen sollte, Accursius gebe das Requisit des Besitzerwerbes ganz auf, worauf denn auch der Schluß der fraglichen Glosse mit dürren Worten hinweist. Trotzdem liegt die Sache durchaus nicht so schlimm, vielmehr gewinnen wir eine ganz andere Anschauung von derselben, wenn wir in Betracht ziehen, daß die hier von der Glosse approbirte Ansicht von Johannes Bassianus herstammt. Jetzt wird klar, daß das Ganze mit der Auffassung dieses letztern von possessio naturalis und civilis zusammenhängt, nach welcher[3] diese

[1] Auch was unter possessio vacua zu verstehen sei, war streitig. Hugo de Porta Ravennate unterschied nämlich zwischen possessio vacua und vacans; vacua nannte er jeden Besitz, der nur animo retinetur, sodaß also, wer einen Acker in Besitz nähme, auf welchem sich der Besitzer nicht gerade befindet, possessio vacua erwürbe; possessio vacans ist dann das, was man sonst allgemein possessio vacua nennt. Demnach könnte in unserm Falle der Ehegatte, trotz des ungestört fortdauernden Usukapionsbesitzes des Dritten, sogar in vacuam possessionem eingeführt werden. Diese Theorie ist eine der wenigen uns von Hugo erhaltenen, und kann man nicht gerade sagen, daß er sich in derselben zu seinem Vortheil zeigt; dennoch hat es fast den Anschein, als seien wenigstens für den Fall der l. 11 C. unde vi 8, 4 Placentinus und Hugolinus derselben Meinung gewesen. Vgl. auch Placentini Summa Inst. libr. 2, 5 ed. Schöffer (1537), S. 29, wo mit auffallender Consequenz stets der Ausdruck va*cans* possessio gebraucht wird. Gegner dieser Distinction war Johannes Bassianus, und ganz bestimmt verworfen ist sie von Accursius, welcher richtig den Unterschied zwischen vacans und vacua völlig leugnet und als possessio vacua nur die gelten läßt, quae a nemine possidetur, neque animo, neque corpore. S. Gl. Vacuam ad leg. 11 C. cit.

[2] S. z. B. Gl. Fundum ad leg. 16, §. 1 D. ratam rem haberi 46, 8; Gl. In vacuam ad leg. 12 C. de probationibus 4, 19; und besonders Gl. Actionem ad leg. 13 C. de distractione pignorum 8, 28, wo diese Ansicht ausdrücklich als diejenige des Johannes Bassianus bezeichnet wird. Zu vergleichen ist aber noch Petri Exceptiones, App. I, §. 92. (Fitting, Juristische Schriften des frühern Mittelalters, S. 164.)

[3] S. Bruns, Recht des Besitzes, S. 107 fg.; hierauf weist auch hin,

beiden Arten des Besitzes ganz unabhängig voneinander sind, possessio naturalis eines Grundstückes aber jeder hat, der gerade auf ihm steht. Dies angenommen, ist es möglich, dem Ehemanne durch jene stille inductio eine momentanea possessio naturalis — und diese genügt für den Eigenthumserwerb völlig — zu verschaffen und doch den Usukapienten in seiner possessio civilis ungestört bleiben zu lassen.[1]

Höchst merkwürdig ist es, daß gerade Donellus, welcher doch von allen ältern wol die reinste Auffassung vom Besitze hat[2], sich hier der Glosse genau anschließt[3], nur daß bei ihm an Stelle

---

wenn am Ende der fraglichen Glosse davon die Rede ist: quemlibet intrantem habere naturalem possessionem. Merkwürdig genau mit der Bassianischen Besitztheorie im allgemeinen, sowie besonders mit den häufig in der Glosse vorkommenden Erklärungen, wann der Besitz plus facti, wann er plus juris habe, stimmt überein §. 54 de Possessione im Libellus de verbis legalibus (Fitting, Juristische Schriften, S. 200); doch hat dieser Abschnitt auch wieder sehr viel Eigenthümliches, besonders gegen den Schluß. Vielleicht gewönne demnach die Bassianische Theorie die Autorität eines merkwürdig hohen Alters, eventuell sogar direct römischer Tradition.

[1] Viel bedenklicher, als sie bei Johannes Bassianus gewesen und bei der Glosse dann wieder ist, liegt die Sachlage allerdings für Azo. Dieser erklärt im allgemeinen die fragliche Stelle wie jene beiden, da er aber eine andere Besitztheorie hat, nach welcher possessio civilis und naturalis nicht so getrennt voneinander existiren können, wie bei Bassianus (s. Bruns, libro cit. S. 110), so mußte er nun, um für seine Erklärung eine Grundlage zu gewinnen, eine ganz merkwürdige Annahme machen; er verlangt nämlich, gerade mit Rücksicht auf l. 16 D. cit., zum Eigenthumsübergange nur, ut interveniat introductio in possessionem, non ut possessionem acquirat. S. Azonis Brocardica, Rubr. 59, Communia agentium et convenientium (i. m. A., S. 509). Hiermit ist denn nun allerdings aller Halt für die Tradition aufgegeben, und als ein entschiedenes Verdienst des Accursius muß es daher angesehen werden, wieder zur reinen Theorie des Johannes Bassianus zurückgekehrt zu sein.

[2] S. Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl., S. 11 und 12 (unter Nr. 15) und S. 153.

[3] Donellus war überhaupt derjenige unter den großen Juristen des 16. Jahrhunderts, welcher der Glosse am meisten Gerechtigkeit widerfahren ließ; Cujas rühmt sie wol bisweilen (s. darüber Flach, Cujas, les glossateurs et les Bartolistes, in Nouvelle revue historique du droit français et étranger, 7[me] année, No. 2, Mars—Avril 1883), ohne sie jedoch zu verwerthen; Doneau bezieht sich häufig auf sie und vertheidigt nicht selten die von ihr gegebenen Interpretationen; s. z. B. neben vielen andern Stellen Donellus, Bd. II, Commentarii de Jure civili, S. 342—344 u. S. 357,

der naturalis possessio des Mannes die detentio tritt. Er geht gerade auf Grund unserer Stelle so weit, zu behaupten, bei dem Eigenthumserwerbe durch Tradition brauche derjenige, welchem tradirt werde, nur zur detentio, nicht zur possessio zu gelangen, und führt diese seine mit der größten Anstrengung vertheidigte Ansicht aufs consequenteste durch, s. Donellus, Commentarii de Jure Civili Lib. IV, Cap. 19, §. 6—14 (in m. A. II, 410—420). Wieso nun allerdings der Drittbesitzer trotz der wenn auch noch so kurz währenden Detention des Grundstückes durch den Ehemann seine Usukapion ungestört fortsetzen soll, ist freilich bei Donellus schwerer als bei Johannes Bassianus erklärlich; sollte jener etwa daran gedacht haben, daß der Besitz eines Grundstücks nicht ohne Wissen des bisherigen Besitzers verloren gehen kann und dies auch auf den Usukapionsbesitz selbst für den Fall, daß der wirkliche Eigenthümer (oder dessen Rechtsnachfolger) Detention gewinnt, ausgedehnt haben? Wie dem auch sei, leichter macht sich die Sache jedenfalls bei dem Glossator; um Donellus aber ist es uns hier nicht weiter zu thun. Die Berufung auf ihn sollte nur dazu dienen, zu zeigen, daß die allerdings weitgehende Annahme, welche die Glosse behufs Erklärung der l. 16 D. cit. macht, denn doch nicht so schlechthin verwerflich sein kann, da sie einen solchen Vertreter gefunden hat, wenngleich die Ausführungen z. B. in §. 13 nicht gerade zu dem besten gehören mögen, was Donellus geschrieben hat.

5) l. 10, §. 2 D. de condict. furt. 13, 1. Die Glosse erklärt die Möglichkeit der Alienation ohne Besitz, wie sie hier

---

358 in der Ausgabe von König, 6. Aufl. (Nürnberg 1801), wo die Glossen zu l. 50 D. de acqu. rer. dom. 41, 1 und zu l. 26 pr. D. eod. tit. gelobt werden. Bei dieser Gelegenheit sei es gestattet, eine literarhistorisch vielleicht nicht uninteressante Notiz einzufügen. Placentinus (De diversitate actionum, lib. 2 de personalibus actionibus, tit. 2 de condictionibus certi, propter mutuum et quid certi appellatione contineatur) führt aus, die condictio certi zerfalle in condictio triticaria und condictio certi im engern Sinne: Nam et alias adoptionis una species speciale nomen admittit et vocatur arrogatio; altera stat in nomine sui generis et dicitur adoptio (S. 36 m. A.). Jeder Leser des Donellus wird sich erinnern, wie dieser in dergleichen Fällen regelmäßig das Beispiel von der adoptio anführt.

vorkommt, dadurch, daß der Eigenthümer alienire, indem er seinem Miteigenthümer gegenüber die actio communi dividundo anstelle und dann im Urtheile die ganze Sache seinem Gegner zusprechen lasse. Diese Interpretation, welche im Princip derjenigen sehr ähnlich ist, welche hier an eine Alienation durch Legat gedacht haben will, hat vor dieser letztern den Vortheil, daß nach ihr l. 10, §. 2 cit. nicht dasselbe sagt, was l. 10, §. 3 D. eod. unzweifelhaft ausspricht. — S. Gl. Alienaverit ad leg. 10, §. 2 cit.; Gl. In communi ad leg. 12, §. 1 D. eod.; und Gl. Tandem autem ad leg. 10, §. 2 cit., in welcher zu verbinden ist: vel vendit furi, vel legat furi, vel legat extraneo.

6) l. 1, §. 1 D. pro socio 17, 2. Obgleich Azo hier ein speciale angenommen zu haben scheint[1], hat Accursius an der richtigen Erklärung durch constitutum possessorium festgehalten, indem er bereits bemerkt: quod suo nomine possidebat, nomine communi videtur incipere possidere, s. Gl. Intervenire ad leg. 2 D. h. t. 17, 2.

Hiermit mag es des Details genug sein; im ganzen ist nicht zu verkennen, daß die Glosse sich über die verschiedenen Schwierigkeiten und Ausnahmen mit großem Geschicke, ohne das Princip aufzugeben, hinüberzuhelfen weiß; vielleicht nur anzuerkennen ist es, daß sie bei dem pactum legis commissoriae et addictionis in diem sich begnügt, die rechtlichen Bestimmungen zu erörtern, statt auf doch kaum ganz genügende Erklärungen sich einzulassen. Zu bemerken wäre etwa noch für das Streben der Glosse nach einer klaren Terminologie, daß sie das „nudis pactis" in l. 20 C. de pactis 2, 3 sehr scharf dem gewöhnlichen Sinne von nudum pactum gegenübersetzt, indem sie hervorhebt, pactum nudum in der Bedeutung dieser Stelle sei auch jedes pactum vestitum, s. Gl. Non nudis ad leg. 20 C. cit.[2]

---

[1] Freilich war Azo das ganze Institut des constitutum possessorium vielfach dunkel (s. unten, S. 131, Anm. 1), womit dieses wol zusammenhängen mag.

[2] Der gewöhnliche Unterschied in der Glosse ist nämlich pactum nudum, nicht klagbarer, pactum vestitum, klagbarer Vertrag; so z. B. sehr kräftig Gl. Igitur i. f. ad leg. 7, §. 4 D de pactis 2, 14: Cum nudum pactum

## §. 5.

## 2. Einzelne Fragen.

Wir haben nunmehr noch eine Reihe einzelner Fragen, welche bei der Tradition entstehen können, zu behandeln.

---

parere actionem tale sit, ac si prorsus sterilis mulier generaret vel virgo pariat. Dieses Beispiel erwähnt auch Carsten in seinem Werke über den Vertrag, welches den hier berührten Punkt weitläufiger behandelt; es dürfte vielleicht hier am Platze sein, nachdem die allgemeinen Ausführungen C.'s schon früher gelegentlich — s. oben S. 30 und S. 38 — gewürdigt worden sind, jetzt einige Worte über sein eigentliches Thema, die Entwickelung der Lehre von der Klagbarkeit der pacta nuda, einzuschalten. Carsten leugnet in dieser Beziehung den Zusammenhang zwischen Glossatoren und Postglossatoren; beide hätten von ganz verschiedenen Grundanschauungen aus gearbeitet bei der Frage von der Klagbarkeit der Verträge sowol wie im großen Ganzen; ihre Theorien besonders über diesen Punkt müßten deshalb ganz getrennt gehalten werden. Infolge dessen liefert C. denn eine ganz außerordentlich complicirte, durch eine Menge von Incidentfragen und deren Erörterung in die Länge gezogene Untersuchung, welche ihn schließlich dahin bringt, die Lösung in der Theorie der italienischen Juristen über die Stipulation, des mutuum naturale und civile, die Delegation und dergl. m. zu suchen, Dinge, über welche er dann wieder ausführlich handelt S. 179—242. Und doch, wenn C. nicht nach vorgefaßten Ideen eine von der Glosse zu den Commentatoren stetig fortschreitende Entwickelung hätte verkennen wollen, wie einfach und folgerecht hätte sich die Sache gestalten lassen nach eben dem Material, welches C. selbst beibringt und welches beigebracht zu haben gewiß das Hauptverdienst seines Werkes ist! Die Glosse des Accursius unterscheidet sich nämlich, nach C. (S. 101) selbst, dadurch von Azo, daß sie zu verschiedenen andern, auch bei diesem schon vorhandenen „vestes", d. h. Klagbarkeitsgründen (durch welche die obligatio aus einer nuda zu einer vestita wird) die vestis „legis auxilio" zufügt, eine vestis, welche sich übrigens auch schon, was C. übersehen hat, in dem sogenannten Ulpianus de edendo, Abschnitt de pactis, S. 39, findet. Wenn nun Bartolus (s. C., S. 165) die allgemeine Klagbarkeit der Verträge hauptsächlich auf die vestis „auxilio legis" stützt, wer sieht da nicht die von Azo an sich stets verallgemeinernde Entwickelung, welche zuerst (bei Azo) nur ganz besondere, ausdrücklich angeführte Klagbarkeitsgründe zuläßt, dann (bei Ulpianus de edendo und Accursius) neben diesen versuchsweise die allgemeine und eine Ausdehnung der Klagbarkeit auf alle nicht geradezu gesetzlich verbotenen Verträge zulassende vestis „legis auxilio" aufnimmt, schließlich aber (bei Bartolus) diese letztere siegreich, alle übrigen umfassend und unnöthig machend, in den Vordergrund stellt? So wächst die Idee, daß der aequitas entsprechend jeder Vertrag, welcher gesetzlich gestattet ist, auch klagbar sein müsse, die ganze Glossatoren-

1) Nur der Eigenthümer oder dessen Beauftragter können Eigenthum übertragen. Wie bei jeder etwas allgemein gehaltenen Regel die Glosse mannichfache Bedenken zu finden pflegt, welche dann mit der Wendung „fallit (sc. regula), si oder in" angeführt werden, so auch hier Gl. Qui tradit ad leg. 20 pr. D. de acquir. rer. dom. 41, 1. Dieselbe gibt zunächst einen Hinweis auf l. 63 D. de usufructu 7, 1, welcher wol ziemlich unnöthig ist; dann findet sich das Verhältniß des veräußernden Pfandgläubigers erwähnt; schließlich aber werden mehrere Fälle angeführt, in welchen derjenige, welchem von einem Nichteigenthümer verkauft und tradirt worden ist, rascher oder doch wenigstens überhaupt usucapirt, während sein Verkäufer, wenn er im Besitze geblieben wäre, langsamer oder auch gar nicht usucapirt haben würde. Daß dies besonders hervorgehoben wird, scheint darauf hinzudeuten, als ob der Usucapionszustand als ein mit der Sache übergehendes Recht betrachtet würde; bei Gelegenheit der hierdurch angeregten Erörterung aber, welche davon handelt, wie es komme, daß jemand auf diese Weise mehr Rechte übertragen könne, als er selbst habe, zeigt sich, daß Accursius denn doch in einen solchen Irrthum nicht verfallen ist. Denn ganz präcis bemerkt Gl. Nemo plus[1] ad leg. 54 D. de R. J. 50, 17, wer eine Sache von einem

---

und Postglossatorenzeit hindurch heran, bis sie schließlich zur Blütezeit der letztern (s. C., S. 172—173) durchbricht. In dieser Art etwa dürfte die Sache vor sich gegangen sein, wobei übrigens nicht verkannt werden soll, daß zu dem Siege der erweiterten Klagbarkeit die von C. besonders betonten, in der Commentatorenzeit sich geltend machenden kanonistischen und ultramontanen Strömungen wesentlich beigetragen haben werden.

[1] Diese ganze Glosse, welche Fälle anführt, in welchen die Regel „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet" nicht zutreffen soll, ist äußerst interessant; die Auswahl der casus, ubi fallit, ist recht ansprechend. Der ganze Pandektentitel de Regulis Juris bietet übrigens fortwährend zu derartigen Glossen, welche Ausnahmen aufzählen, Veranlassung, und daher für uns ein besonderes Interesse; s. z. B. wegen des Satzes: „Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non potest" die Glossen ad leg. 11 D. h. t., und vgl. den Commentar des Bulgarus ad leg. 54 D. cit., in welchem das „supra" sich auf den Commentar ad leg. 11 D. cit. bezieht; s. Bulgari Com. in tit. Pand. de regulis juris ed. Beckmann, S. 49, resp. S. 11—12; hierher gehört schließlich auch noch

malae fidei possessor, der also nicht usucapiren konnte, gekauft habe und sich bezüglich derselben so in bona fide befinde, daß er ersitzen könne, habe eben non a venditore, sed a se jus usucapiendi. Vgl. auch die Glosse zu Vacarius' Epitome bei Wenck, Mag. Vac., S. 181, Z. 7 fg. v. o.

Eine ganz singuläre Ausnahme bildet der Fall, wenn der Fiscus oder der Regent ihnen nicht Gehöriges veräußern. Derselbe ist in der bisher zu Grunde gelegten Gl. Qui tradit cit. nicht herbeigezogen, wird aber an anderer Stelle (ad leges 2, 3 C. de quadriennii praescriptione 7, 37 und §. ult. J. de usucap. 2, 6) ausführlich besprochen und zwar mit zwei sich an ihn knüpfenden Controversen:

a. Welches Rechtsmittel steht gegen den Fiscus oder Regenten dem frühern Eigenthümer, dessen Sache sie ihm veräußert haben, zu? Irnerius hielt sich bei Beantwortung dieser Frage an den Wortlaut der l. 2 C. cit. und gab jenem utilem rei vindicationem vel hypothecariam, quam intenderet directam contra possidentem, nisi (sc. possidens) privilegio esset fretus. Derselben Meinung war Placentinus[1] und Accursius hat sie approbirt; vor dem Einwande, daß man auf diese Weise jemand, der nicht mehr Eigenthümer sei, die Vindication gewähre, schützten sich die Anhänger dieser Entscheidung mit der Erwiderung, sie gäben ihm ja nur eine utilis in rem actio: man sieht, wie bequem und eben deshalb gefährlich der schwankende Begriff der actio utilis in rem werden konnte. Anderer Ansicht war Johannes Bassianus, welcher nur eine condictio ex hac lege zuließ; und schließlich ist noch interessant, daß „Einige“ sogar von einer actio negotiorum gestorum sprachen, also den betreffenden Verordnungen Zeno's und Justinian's die Bedeutung zuschrieben, als ob sie die gesetzliche Fiction einführten, daß jede Veräußerung

---

eine Stelle in Placentini Summa Codicis, lib. 2, 3 de pactis, ed. Schöffer, S. 45, Z. 20 v. u.

[1] In spätern Drucken findet sich in Gl. In rem ad leg. 3 C. cit. die merkwürdige Sigle Pe, welche sonst nicht vorkommt, das Räthsel löst sich aber sehr einfach, wenn wir in den alten Drucken an der betreffenden Stelle blos P., d. h. Placentinus, treffen.

des Fiscus oder Regenten als im Auftrage des wirklichen Eigenthümers, dessen Zustimmung demnach präsumirt würde, geschehen aufzufassen sei: eine Construction, welche wenigstens das Bestreben zeigt, sich möglichst wenig vom Boden des gemeinen Rechts zu entfernen, in den Codexstellen aber doch wol allzu wenig Anhalt findet. S. Gl. Exercere ad leg. 2 pr. C. cit.; Gl. In rem ad leg. 3, §. 2 C. cit.; und Gl. Actiones ad §. ult. I. cit.

b. Gilt das Privilegium selbst dann, wenn der Veräußernde — Fiscus oder Regent — in mala fide ist? In der Glossa ordinaria wird dieser Unterschied gar nicht gemacht, also stillschweigend die Frage bejaht. Der entgegengesetzten Ansicht waren aber Martinus und Jacobus, s. Vet. Coll. §. 71 (Hänel, Diss. dominorum, S. 57). Martinus begegnet uns hier zum ersten mal als Vertreter der sogenannten aequitas dem strengern Wortlaute des Gesetzes gegenüber; hier, wie auch sonst wol, ist Accursius über derartige von ihm erhobene Bedenken einfach hinweggegangen; heute dagegen scheint man wieder nicht abgeneigt zu sein, aus solchen Billigkeitsrücksichten die klaren Bestimmungen Zeno's und Justinian's umzudeuten.

2) Ein Nichteigenthümer hat in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, tradirt und wird später Eigenthümer. — In dieser sehr feinen und schwierigen Frage zeigt die Glosse große Kunst und Geschicklichkeit, zugleich aber auch merkwürdig tiefes Eingehen in den Geist des Römischen Rechts. Es werden hier zunächst sämmtliche anzuziehende Glossen[1] zusammengestellt, damit sich dann eine fortlaufende Darstellung anschließen könne: Siehe Gl. Replicatione ad leg. 72 D. de rei vind. 6, 1, sowie die übrigen Glossen ad hanc leg.; Gl. Conatur ad leg. 17 D. de evictionibus etc. 21, 2; Gl. Peteres ad leg. 2 D. de except. rei vend. et trad. 21, 3; Gl. Non prohiberis ad leg. 14 C. de rei vind. 3, 32; Gl. Intelligeretur ad leg. 4, §. 32 D. de doli mali et metus exc. 44, 4; Gl. Implere ad leg. 46 D de action.

---

[1] Unter den Modernen vgl. wegen des ganzen Verhältnisses auch Zittelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, S. 543, letzter Absatz.

empti et venditi 19, 1; und Gl. Confirmatur ad leg. 20 D. qui et a quibus manumitti 40, 9; vgl. auch Pillius, Quaestio XXXIII, im Anfange des Abschnittes Quod non possit.

Ausgegangen wird von der Regel: Nemo contra factum suum venire potest. In derselben steckt offenbar ein obligatorisches Element, welches auch bei jedem Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung nebenherläuft. Ueberträgt daher der Nichteigenthümer eine Sache einem andern mit der beiderseitigen Absicht des Eigenthumsüberganges, so kann man nur in Bezug auf diesen letztern sagen Nihil agitur; denn zur Entstehung gelangt durch jenen Vorgang doch etwas Rechtliches, nämlich die Verpflichtung des Tradenten, ne veniat contra factum suum.[1] Daraus folgt, daß, wenn er später Eigenthümer wird, der von ihm Besitzende gegen den Tradenten, wenn der letztere auf Grund seines neuen Eigenthums jenem die Sache abvindiciren will, eine exceptio doli hat; ja, ist der Tradent im Besitze, so kann sogar derjenige, welchem er früher tradirt hatte, erfolgreich gegen jenen seinen Autor klagen, trotz der dem letztern zustehenden exceptio dominii, welche sich hier als nutzlos erweist. Keineswegs aber ist nun derjenige, welchem früher tradirt worden war, Eigenthümer geworden; diese Distinction wird mit besonderer Schärfe gemacht, und sogar, damit er Eigenthümer werde, eine förmliche neue Tradition von Seiten des nun Eigenthümer gewordenen Tradenten an ihn verlangt — was wol zu weit gegangen sein wird. Demnach dringt der klagende Nichteigenthümer gegen den besitzenden Eigenthümer durch, d. h. wir haben einen Fall vor uns, in welchem die Publiciana über die directa in rem siegt. Diese Ausdrucksweise der Glossatoren[2] enthält den ganzen Kern der

[1] Vgl. das, was über „Nichtigkeit" eines Vertrags ausgeführt wird von Ihering in seinem Aufsatze über culpa in contrahendo, Dogmatische Jahrbücher IV, 29—30.

[2] Wir machen hier wieder die Beobachtung, daß die Glossatoren das Wesen der Rechtsverhältnisse, genau wie die Römer, ausgehend von dem Wesen der actio, bestimmen; wir werden dies noch häufiger zu bemerken Gelegenheit haben. Aehnliches heben übrigens hervor von Bethmann-Hollweg, Geschichte des Civilprocesse, VI, Abth. 1, S. 6, 18 fg. und Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 34, Nr. 4.

Frage, deren Beantwortung also hauptsächlich von der obligatorischen Seite des Eigenthumsübertragungs-Vertrags ausgeht. Man könnte dieses obligatorische Element auch schon vor jenem Vertrage suchen; denn da der traditio ja meist eine justa causa vorhergehen, diese aber eben ein rein persönliches Rechtsgeschäft sein wird, so würde schon aus diesem letztern alles Weitere folgen, ohne daß wir auf eine Analyse des Traditionsgeschäfts einzugehen brauchten; denn der z. B. zu Grunde liegende Kauf ist ja gültig, wenn auch das Verkaufte nicht im Eigenthume des Verkäufers stand. — Aehnlich und doch anders liegt der Fall der beabsichtigten Freilassung eines dem Freilasser nicht gehörigen Sklaven, wenn dann jenem später das Eigenthum an diesem zufällt; und hier die Analogie gezogen, dennoch aber den Unterschied fein gewahrt zu haben, muß als ein besonderes Verdienst der Glossatoren anerkannt werden. Der Freilassung geht kein Vertrag vorher; wenn also der später Eigenthümer gewordene Freilasser denjenigen, welchen er hat freilassen wollen, der aber nicht frei geworden und auch jetzt nicht frei ist, dennoch nicht in servitutem revocare darf, so kann das obligatorische Element nur aus der Verpflichtung gewonnen werden, welche er durch die („nichtige") Freilassung auf sich genommen hat, nämlich nicht contra factum suum zu handeln. Darum war es denn aber auch begründet, wenn bei der Eigenthumsübertragung gleichfalls von jener allgemeinen Regel, statt von dem vorhergehenden Rechtsgeschäft ausgegangen wurde. So wenig nun durch den spätern Eigenthumserwerb — sagen wir der Kürze halber des Verkäufers — der Käufer Eigenthümer wird, so wenig wird der Sklave frei dadurch, daß sein Freilasser nun sein wirklicher Herr wird. Aber Ein großer Unterschied liegt vor: beim Eigenthumsübergange war doch wenigstens der vorhergehende Kauf gültig, d. h. wir haben ein gültiges Rechtsgeschäft und einen demselben entsprechenden Zustand, gegen welchen nicht nur niemand angehen, sondern welchen der Käufer, wenn er nicht besitzt, sogar klageweise herstellen kann; daher kann man hier mit den Quellen (s. l. 56 D. ad SC. Trebellianum 36, 1) und mit der Glosse

auch geradezu von einer confirmatio dominii[1] reden; bei der Freilassung des Sklaven aber war von vornherein alles ungültig — e principio jure ipso non tenet —, es ist dem entsprechend auch die praktische Stellung für den scheinbar Freigelassenen durchaus nicht derjenigen eines Freien gleich, wennschon er in Freiheit lebt, da er doch jedenfalls der Rechte des Freien entbehrt: daher die Entscheidung der l. 20 D. qui et a quibus 40, 9. Je schärfer die Glosse diese Nichtigkeit der Freilassung betont, desto rühmenswerther ist es, wenn sie den Umstand, daß der Herr den Sklaven nicht wieder als solchen in Anspruch nehmen darf, dennoch ausdrücklich als nicht auf einem privilegium in favorem libertatis beruhend erklärt, sondern auf jene allgemeine Rechtsregel zurückführt, von welcher wir bei dieser Besprechung ausgingen.

Einen besondern Fall haben wir, wenn der Vater einen Sklaven, welcher sich im peculium castrense des Sohnes befindet, testamentarisch manumittirt hat und der Sohn dann ohne Testament gestorben ist. Wie verhält es sich nun nach dem Eintritt des Todes des Vaters? S. die Glossen zu l. 19 §. 4 und 5, l. 20 D. de castr. pec. 49, 17; und besonders Gl. Vindictam ad leg. 19 §. 4 cit. Zu bemerken ist, wie die Glosse ein volles Verständniß der hier von Tryphoninus, resp. Paulus entwickelten juristischen Gewandtheit zeigt; nicht sowol wird die Freilassung als nach dem Tode des Sohnes confirmirt betrachtet, was zu unerträglichen Widersprüchen führen würde; als vielmehr das Verfügungsrecht des Vaters über das peculium castrense auf die Zeit vor dem Tode des Sohnes zurückbezogen und so ein der Freiheit günstiges Resultat erzielt, nicht ohne daß schließlich doch, besonders in dem wieder verwickeltern Falle der l. 19 §. 5 D. cit., der ratio stricta ein Schnippchen geschlagen würde, s. Gl. Ratio respondendi ad leg. 19 §. 5 D. cit.[2]

---

[1] Der Käufer hat praktisch die Stellung des Eigenthümers; vgl. z. B. Fitting, das Castrense peculium, S. 269.

[2] Vgl. über die l. 19, §. 3—5 D. cit. Fitting, das Castrense peculium, S. 307 fg.; die Ansicht der Glosse wird dort freilich wol auch getadelt, so z. B. S. 315, Anm. 6; aber gerade gegen diesen Tadel ließe sich vielleicht

3) Bei der Frage, ob das Eigenthum übergeht, obgleich der Tradent sich oder einen andern fälschlich für den Eigenthümer hält und nur dieses fälschlicherweise angenommene Eigenthumsrecht übertragen wollte, stoßen die zwei für die Glosse gleichmäßig verbindlichen Sätze aufeinander: Plus est in re quam in opinione — s. hauptsächlich Gl. In re est ad leg. 4 §. 1 D. de manumissis vindicta 40, 2, Fall der Freilassung — und plus est in opinione quam in veritate — s. Gl. Plus est ad leg. 15 D. de acqu. vel om. hereditate 29, 2, Fall des Erbrechts. Eine solutio wird versucht durch die Erklärung, der letztere Satz gelte nur de re, quae est in animo — s. Gl. Plus in re ad leg. 9 §. 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6, Fall des Eigenthumsüberganges. Das praktische Resultat ist aber jedenfalls dieses, daß die Glosse sich durch den Satz Nemo errans rem suam amittit nicht, wie die Gefahr nahe lag, auch dann schon stören läßt, wenn der Eigenthümer im eigenen Namen überträgt, ohne sein Eigenthumsrecht zu kennen, oder der Erwerber von ihm empfängt, ohne mit dem speciellen Eigenthumsrechte des Tradenten bekannt zu sein, Fälle der l. 4 §. 1 D. und l. 9 §. 4 D. cit. Infolge dessen werden diese Stellen ohne allen Anstand erledigt; und nachdem so derartige verwandte Fälle abgethan sind, kommt in den Glossen ad leg. 41 D. de rebus creditis 12, 1 und ad leg. 15 §. 2 D. de contrahenda emptione 18, 1 zur Darstellung das eigentliche Anwendungsgebiet der Regel Nemo errans rem suam amittit. Dieselbe gilt in zwei Fällen; nämlich erstens in demjenigen, in welchem der Beauftragte, nachdem er dem Auftraggeber ein Eigenthumsrecht, welches diesem ohne Wissen beider schon zustand, hat übertragen wollen, im Auftrage dieses letztern es einem Dritten weiter überträgt; und zweitens umgekehrt in demjenigen, in welchem der zur Eigenthumsübergabe von einem Dritten Beauftragte selbst Eigenthümer ist, während er seinen

manches sagen; denn wenn Tryphoninus weder in der Zwischenzeit den Vater als Eigenthümer der castrensischen Sachen ansehen noch einen Schwebezustand annehmen will — was ist ihm dann für ein Drittes anzunehmen überhaupt möglich?

Auftraggeber als solchen ansieht. Große Schwierigkeiten aber macht es der Glosse, dies in Uebereinstimmung mit demjenigen Abschnitte der l. 41 D. cit. zu bringen, welcher mit den Worten quas vero beginnt, s. Gl. Alienatas esse ad h. leg. Die Glosse meint nämlich, da ja hier der Sklave errans rem suam übergeben habe, so könne er nicht einmal für seinen Erbantheil alienirt haben. Da hätte man nun zunächst annehmen können, daß hier alienare keinen Eigenthumsübergang voraussetze, das Geld vielmehr nur deshalb „veräußert" sei, weil der freilich Eigenthümer gebliebene Sklave pro parte sua nicht gegen das von ihm selbst vorgenommene factum des Ausleihens angehen könne; diese Erklärung findet sich aber nicht, vielmehr hilft Accursius sich mit einer sehr schwierigen, aber auch sehr interessanten Distinction. Wenn ein Egenthümer etwas als ihm nicht gehörig übergebe, so übergebe er es entweder als demjenigen, welchem es gegeben werde, schon nach seiner Ansicht gehörig; dann gehe selbstverständlich kein Eigenthum über, quia tradens id non voluit transferre, quod credidit illum jam habere. Oder er halte nicht den Empfänger für den Eigenthümer, sondern einen Dritten, seinen Auftraggeber; dann gehe im allgemeinen ebenso wenig sein, des Tradenten, Eigenthum unter: mit dem Einen Ausnahmefalle, wenn von demselben Dritten, von welchem er Auftrag habe, auch sein ihm unbekanntes Eigenthum herrühre. Dies letztere ist der Fall unserer Stelle; das Eigenthum soll in ihr übergehen, offenbar, weil der Eigenthümer, welcher ohne Kenntniß seines Eigenthums übertragen hat, wenn er gegen seinen Auftrag das Eigenthum zurückverlangen wollte, gegen den Willen desjenigen handeln würde, welchem er — ich setze, wie die Glosse freilich nicht ausdrücklich bemerkt, wie der Fall aber hier vorliegt, hinzu: aus freigebiger Ursache — sein Eigenthum verdankt. Ist diese Erklärung auch etwas geschraubt und gekünstelt, so wird sie als eine höchst ingeniöse doch wol zu bezeichnen sein.[1]

---

[1] Die an und für sich nicht besonders klare Gl. Alienatus cit. wird völlig dunkel durch das in neuern Drucken nach aut putat esse tertii et

Wir nähern uns endlich der berüchtigt schwierigen Stelle l. 49 D. mandati 17, 1 mit ihrem Doppelfalle. S. zunächst wegen der Frage, ob in den Worten „neque vindicationem ei concedendam" ein Widerspruch gegen das Bisherige liegt, Gl. Vindicationem ad h. l., wo unter den verschiedensten Auslegungen auch die vorkommt, Titius bleibe eigentlich Eigenthümer, dringe aber mit seiner Vindication nicht durch: die Erklärung, welche auch Vangerow, Pandekten, §. 311, Anm. 3 als die richtige vorträgt. Geht aus der hier angeführten Glosse noch nicht klar hervor, daß Accursius gerade diese Ansicht gebilligt hat, so folgt dies deutlicher aus Gl. Dominium ad leg. 1 §. 1 D. de off. proc. Caesaris 1, 19, welche überhaupt eine sehr klare Uebersicht über den Stand all dieser Fragen gibt. Wenn aber eben diese, sonst das bisher Erwähnte nur wiederholende Glosse weiter sagt: si vero velut suam venderet et traderet et vere esset sua, sed non credebat esse suam ex ea causa, ex qua erat: dominium quidem non transfert, sed exceptionem patitur: so ist das nur die consequente Folgerung aus der Auffassung, welche die Glosse von dem zweiten Fall unserer l. 49 hat. Sie nimmt nämlich an, daß in diesem zweiten Falle der wahre Eigenthümer, Titius, die Sache von einem Dritten erbt, welcher sie von wieder einem andern Nichteigenthümer gekauft und tradirt erhalten hat; und daß Titius, seines selbständigen Eigenthums unkundig, mir, der ich bisher zu der Angelegenheit noch in gar keiner Beziehung stand, den Auftrag gibt, die Sache, welche er als Erbe erworben zu haben glaubt, zu verkaufen. Da nun l. 49 für den zweiten Fall bestimmt entscheidet, daß in ihm kein Eigenthum übergeht, so blieb der Glosse nichts anderes übrig, als anzunehmen, daß bei Irrthum des Uebertragenden bezüglich des Grundes seines Eigenthums Eigenthum nicht übergehe; daß aber Accursius den zweiten Fall der l. 49 nicht besser zu construiren gewußt hat, kann bei den enormen Schwierigkeiten, welche

---

tunc aut eingeschaltete est; dies fehlt in den ältern Drucken und ist unrichtig ergänzt, da die richtige Ergänzung esse lauten müßte; betone später: a quo habet dominium *et* alien. potestatem.

eine juristisch ansprechendere Construction noch heute bietet, ihm gewiß nicht verargt werden.[1]

4) Muß der Wille des Uebertragenden auf eine bestimmte Person gerichtet sein? Fall des jactus missilium. — Es ist der Glosse nicht zweifelhaft, daß der Eigenthums-Uebertragungswillen nicht gerade auf eine bestimmte Person gerichtet zu sein braucht; sie hebt merkwürdig scharf den Unterschied des Willens bei Dereliction und jactus missilium hervor, in ausgeprägtem Gegensatze zu Pomponius in l. 5 §. 1 D. pro derelicto 41, 7, s. Gl. Simul ad h. leg., wo es heißt: ... qui habet pro derelicto, principaliter vult carere; unde etiam antequam ab aliis apprehendantur, desinunt esse sua; ... sed jactata in vulgus principaliter ut alius habeat: licet secundario carere velit, tamen demum post apprehensionem alterius desinit esse dominus ... S. auch Gl. Nuda ad §. 44 J. de rerum divisione 2, 1.

Interessante culturhistorische Notizen gibt Gl. Missilia ad leg. 9 §. 7 D. de acqu. rer. dom. 41, 1. Als Vorrecht des Papstes und des Kaisers nämlich wird hervorgehoben ihre Befugniß, Gold unter die Menge zu werfen, unter Bezugnahme auf l. 2 C. de consulibus et non 12, 3 und Coll. IV tit. 3 §. spargere (Nov. 105, Cap. II, §. 1); dann ist aber von einer

---

[1] Die von der Glosse gebotene Construction des zweiten Falles der l. 49 ist die herrschende geblieben bis in ganz moderne Zeit; zuletzt hat sie verfochten von Scheurl in Ihering's Dogmatischen Jahrbüchern, II, 13 fg., und zwar gegen Ihering, welcher bekanntlich zuerst eine wirklich befriedigende Interpretation der l. 49 geboten hat in seinen Jahrbüchern, I, 306 und II, 149. Seitdem hat sich an l. 49 eine ganze Literatur geknüpft (s. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums [1874], S. 32, Anm. 3; Amann, Ueber den Begriff des procurator und mandatarius nach Römischem Recht [Heidelberg 1879]; Huschke, im Archiv für civilistische Praxis, LXII, 332 fg. [1879]; Brinz, ebendort, LXIII, 319 fg. [1880]; dann wieder in allerletzter Zeit Tewes, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, Bd. 10, Heft 1 [1883], und Schwemann, Versuch einer Erklärung der l. 49 D. mandati 17, 1 im Archiv für civilistische Praxis, LXVI, Heft 1 [1883]; sowie schließlich K. Esmarch, Noch ein Wort zur Construction des zweiten Falles in l. 49 D. mandati vel contra [Prag 1883]).

desuetudo illius consuetudinis die Rede, ohne daß recht klar würde, ob die Consuln und städtischen Magistrate zur Zeit der Glosse gar kein Geld mehr auswarfen oder den Gesetzen zuwider doch sogar wieder Gold.

5) Sind wesentliche Punkte beim Eigenthums-Uebertragungswillen

a) die Person, auf welche;

b) der Gegenstand, an welchem, und

c) der Grund, aus welchem

Eigenthum übertragen werden soll?

Ad a. Von den verschiedenen hier möglichen Fällen zieht die Glosse nur den einzig praktischen in Betracht, daß der Vertreter, welchem übergeben wird, damit er seinem Auftraggeber erwerbe, suo nomine das Eigenthum erwerben will; d. h. es handelt sich um die Antinomie von l. 13 D. de donationibus 39, 5 und l. 37 §. 6 D. de dom. acqu. 41, 1. Accursius gibt die alte gute, von Savigny wieder aufgenommene und von Vangerow gebilligte Erklärung, daß bei l. 37 §. 6 cit. zu Nihil agetur hinzuzuverstehen ist in ejus persona, sed mea (s. Gl. Nihil agetur ad hanc leg.). Damit stimmt überein Gl. Acquiri ad leg. 13 cit.: Praevalet enim domini voluntas. Die Erklärung der l. 59 D. de acqu. rer. dom. 41, 1 wird in Gl. Acquiritur ad leg. 13 cit. richtig gegeben, indem gesagt wird, es habe dort keiner der beiden Paciscenten das Eigenthum direct auf den Dritten transferiren wollen, was darauf hinauskommt, daß der procurator nur den Auftrag hatte, suo nomine zu erwerben. Verworfen wird eine Erklärung des Azo, welche den Unterschied zwischen procurator generalis und specialis[1] hervorhebt. — Schließlich ist noch zu erwähnen, daß auch l. 43 §. 1 D. de furtis 47, 2 ganz zutreffend in derselben Glosse Acquiritur cit. durch den Hinweis erklärt wird: Sed ibi erat fictus procurator, hic verus.

---

[1] S. wegen dieses in neuester Zeit von Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte, wieder stärker betonten Unterschiedes Gl. Procurator ad leg. 41 D. de usurp. et usuc. 41, 3.

Ad b. Die Wesentlichkeit des Gegenstandes wird einfach anerkannt, s. z. B. Gl. Non acquiram poss. ad leg. 34 pr. D. de acqu. vel. am. poss. 41, 2.

Ad c. Hatte die Glosse einmal den Irrthum des Tradirenden bezüglich des Grundes seines Eigenthums wegen l. 49 D. mandati 17, 1 in ihrem zweiten Falle — s. oben unter 3 — als wesentlich anerkannt, so lag es nahe, auch den Irrthum bezüglich der causa traditionis ebenso zu behandeln. Denn auch in jenem Falle kann doch die Erklärung dafür, daß das Eigenthum nicht übergeht, nur darin gefunden werden, daß der Eigenthümer, wenn ihm der eigentliche Grund seines Eigenthums bekannt gewesen wäre, nicht tradirt haben würde. Demnach ist es nur consequent, wenn die Glosse bei der Antinomie von l. 36 D. de acqu. rer. dom. 41, 1 und l. 18 pr. D. de rebus cred. 12, 1 dieses letztere Gesetz als die Regel und l. 36 als die Ausnahme auffaßt. Durch die Art und Weise der Erklärung aber wird der allerdings theoretisch bedenkliche Irrthum praktisch ziemlich unschädlich. Accursius versteht nämlich — es laufen noch andere Erklärungen nebenher, doch ist diese die approbirte, s. Gl. Non fieri ad leg. 18 pr. cit. — die l. 36 von dem Falle, in welchem vorher de donando promissio vel debitum praecesserat; im Zweifel aber werde für die Zahlung präsumirt, darum gehe hier trotz des Irrthums Eigenthum über.[1]

---

[1] Regenbrecht, Comment. ad leg. 36 D. de acqu. rer. dom. et leg. 18 D. de reb. cred. — Inaugural-Dissertation (Berlin 1820) — setzt zuerst in cap. IV Nr. 2 seines Werkes diese Ansicht der Glosse unter der Ueberschrift: Glossatorum et Bartoli schola et Alciatus ganz richtig auseinander, wobei es ihm nur begegnet, Glossatoren und Postglossatoren durcheinanderzuwerfen, indem er für das, was in der Glosse noch ziemlich formlos und mit manchen Zweifeln zur Darstellung gelangt, den sehr späten Postglossator Paulus de Castro und einen von ihm regelartig gestalteten Satz citirt; so heißt es S. 73: Nihilominus Paulo auctore Glossatores (sic) hanc generalem regulam excuderunt: Error in causa impedit translationem dominii, ubi traditio non tendit ad liberationem; favore autem liberationis error in causa non impedit dominii translationem. — Dann werden andere Ansichten der Postglossatoren S. 73—79 berichtet; nun glaubt man mit dieser Periode der Dogmengeschichte fertig zu sein, da kommt auf einmal Nr. 3 mit der Ueberschrift: Aliud Glossa-

Demnach soll (s. auch noch Gl. Dissentiamus ad leg. 36 D. d. acqu. rer. dom. 41, 1) stets Eigenthum übergehen, wenn der Tradent **aus einer Verpflichtung** leistet, selbst wenn bezüglich der Art derselben Irrthum vorliegt; nur bei reiner donatio, quae a datione demum incipit, käme es darauf an, daß Einverständniß zwischen den Parteien auch wegen der causa traditionis herrschte; und so wäre denn die Nothwendigkeit desselben wenigstens auf einen kleinen Raum beschränkt.

6) Wenn der Eigenthümer einer Sache diese im Auftrage eines Dritten überträgt, so ist es fraglich, ob vorher dieser Dritte Eigenthümer wird und dann der Tradirende als sein Stellvertreter handelt; oder ob nur einmaliger Eigenthumsübergang vorliegt. Die Glosse nimmt ersteres an, und darüber wenigstens kann kein Zweifel herrschen, daß diese Auffassung die technisch-juristischere ist. Accursius stützt sich hauptsächlich auf l. 3 §. 12, 13, l. 4 D. de don. in. vir. et ux. 24, 1, welche er in ihrem ganzen Verlaufe sehr eingehend glossirt (s. die Glossen ad hanc leg.). Die ganze specifisch juristische Seite der Frage liegt ausgedrückt in Gl. Non acceperis ad leg. 15 D. de reb. cred. 12, 1: scilicet vere .... interpretative tamen erit mutuum.

---

torum in conciliandis his legibus tentamen; und nun soll die vorerwähnte gar nicht die eigentlich von Accursius approbirte Ansicht gewesen sein; dieser habe die Stellen ganz anders erklärt, nämlich so: Ulpianum certam tradendi causam significare, ex qua sola tradens dominium transferre voluerit; über diese Ursache habe dann error vorgelegen, und darum sei kein Eigenthum übergegangen; ... Julianum vero dicere jubet, tradentis consilium fuisse, ut ex pluribus causis nummi accipientis fierent .... u. s. w.; folgen dann Vorwürfe gegen Accursius und seine leichtsinnige Manier. Hieran ist so viel richtig, daß ein Versuch derartiger Interpretation neben vielen andern sich in der Glosse findet, wie denn in dieselbe manch Veraltetes der bloßen Vollständigkeit halber aufgenommen worden zu sein scheint; aber approbirt von Accursius und überhaupt ernst behandelt ist, wie sich klar aus den citirten Glossen ergibt, nur die im Text und von Regenbrecht selbst zuerst dargestellte Meinung. — Ueberhaupt ist Regenbrecht, welcher die Glosse mehrmals im Laufe seiner Arbeit citirt, dieser nicht besonders hold; vgl. S. 56, 58 und fg. sowie besonders S. 30; die dort in der Note zu dem Worte „confixerunt" angeführten Glossen selbst werden jedem unparteiischen Leser darthun, wie ungerechtfertigt die Ausfälle sind, zu deren Gegenstand sie von Regenbrecht gemacht werden.

(S. auch noch Gl. Profecta ad hanc leg., sowie besonders Gl. Si ad leg. 61 D. de evictionibus 21, 2).

7) Vorbehalt des Eigenthumsübergangs bis zur Zahlung beim Kaufe; pactum reservati dominii im allgemeinen. — Das pactum reservati dominii wird, wie es sich in unsern Quellen in so allgemeiner Form nicht findet, auch von der Glosse nicht erwähnt. Infolge dessen ist, was die Frage, ob Suspensiv-, ob Resolutivbedingung angeht, nur zu sagen, daß Accursius die gesetzliche Regel, nach welcher beim Kauf Eigenthum erst bei der Zahlung übergeht, selbstverständlich suspensiv auffaßt, die lex commissoria in ihrer resolutiven Natur dagegen sehr gut so beschreibt: Quia ibi dominium transierat in emptorem, sed ex vi pacti redit ad venditorem (s. Gl. Satisfactione ad leg. 19 D. de contrahenda emptione 18, 1). Bezüglich jener Regel beim Kaufe scheint Johannes Bassianus sogar am sofortigen Eigenthumsübergange bei Creditgewährung gezweifelt zu haben, gestützt auf l. 4 C. de pactis inter emptorem et venditorem interpositis 4, 54; die sehr einfache Widerlegung dieser Bedenken gibt mit genügender Präcision Gl. Fidem emptoris ad §. 41 J. de rer. div. 2, 1 und Gl. Satisfactione cit.; ja die Annahme der Stundung des Kaufpreises für den Fall sofortiger Tradition ohne Zahlung wird sogar von allen Glossen in sehr liberaler Weise gemacht, dabei aber folgender Fall als eigentlich praktische Beschränkung dieser Annahme aufgestellt: Sed nonne hoc ipso videor habere fidem, quod rem tradidi? Responde sic, nisi forte dicebas (du, d. i. der Käufer) te habere pecuniam ad manus, cum tamen non habeas, et sic tradam (s. Gl. Satisfactione cit.).[1]

Ein ganz eigenthümliches privilegium fisci deducirt die Glosse aus l. 5 §. 1 D. de jure fisci 49, 14. Danach soll das Eigenthum an Sachen des fiscus nur pretio soluto vel aliter satisfacto, nicht aber fide habita auf den Käufer übergehen. Dieses

---

[1] Besonders ansprechend ist, wie l. 3 D. de pign. act. 13, 7, welche von ganz andern Dingen handelt, durch Analogieschluß hier als Stütze herangezogen wird.

Privilegium wird dann weiter ausgedehnt auch auf res minorum et ecclesiae (s. Gl. Vindicare ad leg. 5 §. 18 D. de tributoria actione 14, 4 und Gl. Soluto ad leg. 5 §. 1 D. cit.).

8) Einige Besitzfragen. — Es ist unmöglich, hier in der Lehre vom Eigenthum das ganze Kapitel vom Erwerbe des Besitzes mit Einwilligung des bisherigen Besitzers zu behandeln, wie dasselbe denn auch nicht nur in neuern, sondern durchweg auch in ältern Systemen in die Lehre vom Besitze überwiesen ist. Dennoch dürfte es räthlich erscheinen, da Bruns im historischen Theile seines „Besitzes"[1] doch gar zu knappe Angaben liefert, hier wenigstens Einiges im Vorübergehen zu berühren, sofern es uns nicht allzu lange aufhält.

a. Besitzerwerb durch Tradition von Immobilien. — Es ist bereits erwähnt (s. den vorhergehenden Paragraphen), daß die Glosse hier nicht nur nicht inductio in *vacuam* possessionem verlangt, sondern sogar gar keinen wirklichen Besitzerwerb, was freilich so zu präcisiren, daß sie keinen Erwerb dessen fordert, was Johannes Bassianus possessio civilis nennt.

b. Besitzerwerb durch Tradition von Mobilien. — Im allgemeinen geschieht natürlich die Tradition durch Hingeben und Empfangen; es genügt aber auch unthätiges Zusehen und Gestatten von seiten des bisherigen Eigenthümers, resp. Besitzers, s. Gl. Donationis causa ad leg. 6 D. de donationibus 39, 5, herrührend von Martinus, welcher richtig diesen Fall von dem der Schenkung auf jede Eigenthums-, resp. Besitzübertragung verallgemeinert. Im weitern gibt es nun eine ganze Menge von der Glosse behandelter Specialfälle; die bedeutendste Rolle spielt hier die allerdings überaus wichtige praesentia. Was den Begriff derselben anlangt, so geht die Glosse über das blos momentan körperliche Vorhandensein hinweg, indem sie im Anschlusse an l. 47 D. de rei vind. 6, 1 (s. Gl. Haec, si res praesens sit und Gl. Absens ad leg. cit.) Folgendes sagt: Praesens ea res quam possidet (der bisherige Besitzer, welcher in der rei vindicatio verurtheilt, die aestimatio der Sache dem Kläger bezahlt

[1] Bruns, Das Recht des Besitzes, §. 12.

hat und nun Eigenthümer geworden ist, si res praesens sit) vel cujus restituendi habet facultatem; absens, quae non est in potestate ejus.[1] Mit dem so gewonnenen Begriffe von praesentia operirt die Glosse denn auch in der Traditionslehre, und zwar an einer ganzen Reihe von Stellen, wie z. B. in Gl. Ait Labeo und Gl. Simul ad leg. 51 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2; s. ferner die Glossen ad leg. 79 D. de solutionibus 46, 3. und hauptsächlich Gl. In praesentia ad leg. 1 §. 21 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2; die Erklärung, welche diese letztere Stelle gibt, rührt schon von Irnerius her (s. Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl., §. 16, S. 217, Anm. 1).[2]

Was nun weitere einzelne Fälle betrifft, so s. Gl. Nuda ad §. 44 J. de rer. div. 2, 1, und besonders Gl. Animo ad leg. 3 §. 1 D. de a. vel a. p. 41, 2. Nachdem diese letztere zunächst wieder von der praesentia gehandelt, zählt sie folgende Singularitäten auf:

1) Besitzerwerb durch Setzung eines Wächters zu der Sache — l. 51 D. 41, 2.

---

[1] Hier wird jedoch noch schließlich mit Bezug auf l. 69, 70 D. de rei vind. 6, 1 eine sehr feine Ausnahme bezüglich dessen, der ohne Wissen des Vindicirenden besitzt nach Analogie desjenigen, qui dolo malo desiit possidere, gemacht (s. für den letztern Gl. Non debet ad leg. 69 cit. in Verbindung mit Vet. Coll. §. 15 [Häuel, Diss. dominorum, S. 12]); auch Gl. Injusto ad leg. 70 D. cit. ist zu beachten.

[2] Wenn man wol gemeint hat, für die praesentia suche die Glosse nun wieder eine feste Grenze zu gewinnen, indem sie von der Anschauung ausgehe, das in conspectu esse sei nöthig, so findet dies allerdings in Gl. Ait ad leg. 1 §. 21 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2 eine gewisse Begründung. Aber es ist der Glosse nie eingefallen, dies als stricte Rechtsregel aufzustellen in der Weise, daß von der Möglichkeit des Sehens die der Besitzergreifung absolut abhängig wäre; vielmehr erscheint ihr jene nur als eins der vielen verschiedenen in verschiedenen Fällen passenden Kriterien für diese. Die engherzige und steif-unnatürliche Auffassung, welche man hier der Glosse unterschiebt, ergibt sich vielmehr nur als Folge des traurigen Umstandes, daß man gewohnt ist, einzelne Stellen aus ihr herauszugreifen und sie nach diesen zu beurtheilen. S. z. B. Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 88, Anm. 5. Mehr Gewicht legt allerdings Azo auf den visus oculorum in der Summa tituli Cod. de acqu. et retinenda poss. 7, 32, fol. 189, Sp. 2.

2) Besitzerwerb durch Uebergabe der Schlüssel — l. 74 D. de contrah. empt. 18, 1.

3) Besitzerwerb durch Uebergabe eines instrumentum — l. 1 C. de donationibus 8, 54.

4) Der Fall des constitutum possessorium — ohne diesen Namen — mit Berufung auf l. 18 pr. D. 41, 2, also ganz allgemein und zwar mit Rücksicht darauf, daß keine mutatio causae possessionis vor sich geht (s. auch Gl. Possidere ad leg. 18 cit.).

5) Der besondere Fall des constitutum possessorium mit Vorbehalt des ususfructus, l. 28, l. 35 §. 5 C. de don. 8, 54, s. noch besonders Gl. Stipulatus und Gl. Credatur ad leg. 28 C. cit., wo die juristische Natur des constitutum possessorium, wieder ohne daß dieser Namen vorkäme, sehr klar erörtert wird.[1]

Die mit dieser Aufzählung[2] sich verknüpfende Frage, ob der Besitz jemals ohne irgendeinen äußern Vorgang übergehe, scheint Accursius geneigt zu verneinen; wenigstens heißt es in Gl. Animo cit.: Vel dic quod his casibus intervenit actus corporalis vel quasi; und Gl. Ait Labeo ad leg. 51 D. cit. sagt: licet etiam in illis semper videatur aliquid *pro* corporis actu intervenire. So auch Gl. Stipulatus ad leg. 28 C. de donationibus 8, 54, welche ihren Fall des constitutum possessorium eine ficta traditio nennt. Damit hängt es denn weiter zusammen, daß Accursius die vorliegende Handlung lieber realistisch als symbolisch faßt, s. Gl. Non minus ad leg. 18 §. 2 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2, wo es zwar anfänglich heißt: Interpretative hic inter-

---

[1] Merkwürdig ist allerdings, daß dieser Fall 5 stets getrennt von dem ihn doch als allgemeinerer umschließenden Fall 4 aufgeführt wird; so auch von Azo, Summa tit. Cod. de poss. 7, 32, fol. 190, Sp. 1. Uebrigens ist nicht zu verkennen, daß gerade in diesem Punkte Accursius über Azo hinausgekommen ist. Die Schwierigkeit, welche letzterm das constitutum possessorium in der besondern Form der retentio ususfructus macht, hat Accursius, wie sich aus den angeführten Glossen ergibt, völlig überwunden; daß aber Fall 5 auch bei ihm noch als ein selbständiger auftritt, mag ein Ueberbleibsel des frühern Zustandes sein.

[2] In ihr fehlt unter anderm der Fall des gezeichneten Balken, l. 14 §. 1 D. de periculo et commodo rei venditae 18, 6, s. wegen desselben Gl. Signasset ad hanc legem.

venit actio corporis, dann dies aber gleich verbessert wird: Vel dic verius, varios esse sensus corporis, sc. (Aufzählung der fünf Sinne) et hic visus fuit.[1] Diese Stelle ist übrigens schon Savigny (Recht des Besitzes, §. 15, S. 214) aufgefallen; sie beweist, daß die Lehre von einer eigentlich „symbolischen Tradition“ Accursius ganz fremd war; so richtig Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 168, Anm. 16.

Das Merkwürdigste in der Aufzählung, welche Gl. Animo cit. uns bietet, ist nun aber, daß die brevi manu traditio in ihr ganz fehlt. Der Ausdruck selbst, der ja übrigens ein in etwa quellenmäßiger ist, ist der Glosse wohlbekannt, s. Gl. Brevi ad leg. 43 §. 1 D. de jure dotium 23, 3; auch sein Gegensatz, longa manu, findet sich in ihr, s. Gl. Longa ad leg. 79 D. de solutionibus 46, 3. Ueber die Sache aber müssen sich die Glossatoren in ziemlicher Unklarheit befunden haben; wenigstens sind sie nicht so weit gelangt, sich hier einen besondern Fall zu construiren. So mischt Gl. Possidere ad leg. 9 §. 9 D. de reb. cred. 12, 1 wieder das Erforderniß der praesentia oder doch wenigstens des esse in conspectu ein und dringt auch sonst nicht auf den Kern der Sache durch; und gerade so verhält es sich mit Gl. Commodatam ad leg. 9 §. 1 D. de Publiciana in rem act. 6, 2; in Gl. Velut tuos ad leg. 9 §. 8 D. de rebus creditis 12, 1 aber gar wird der Ausdruck brevi manu traditio gebraucht, während ein constitutum possessorium vorliegt und auch offenbar von der Glosse das Verhältniß, welches wir mit diesem letztern Namen bezeichnen, gemeint ist.[2] Der Umstand also, daß die brevi manu traditio in der Gl. Animo cit. fehlt, ist kein zufälliger, sondern ein charakteristischer.

Hiermit sei diese Excursion auf ein eigentlich der Lehre vom Besitze zugehöriges Gebiet geschlossen. Dieselbe weiter auszu-

---

[1] Es handelt sich freilich in der fraglichen Stelle um ein Immobile; doch kann sie hier bei der Untersuchung der innern Auffassung sicher mitbenutzt werden.

[2] Eine Verwechselung, welche leicht begreiflich und abgesehen von welcher übrigens diese Stelle hier sehr gut erklärt wird, vgl. Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl., S. 106.

dehnen liegt um so weniger eine Veranlassung vor, als wir bezüglich dieser Lehre schon drei dogmengeschichtliche Darstellungen der Ansichten der Glossatoren besitzen; die eine, knappere, von Savigny, Recht des Besitzes, §. 10, S. 139 fg., welche sich im allgemeinen lobend ausspricht, besonders aber die Meinung des Placentinus, welche ich für die mit Bassianischen Modificirungen von Accursius acceptirte halte, als verständiger und consequenter denn die meisten neuern rühmt; ferner eine etwas ausführlichere von Bruns, Recht des Besitzes, §. 12, S. 103—119, welcher ein weit ungünstigeres Urtheil fällt und, wenn er auch die Auffassung der praktischen Verhältnisse bei den Glossatoren rühmend anerkennt, dagegen in theoretischer Beziehung von Beschränktheit und Ungelenkigkeit redet; und schließlich eine Abhandlung von Bruns in den Jahrbüchern des gemeinen Deutschen Rechts, herausgegeben von Becker und Muther, IV, 33 fg., in welcher die Glossatoren dagegen in Schutz genommen werden, bei ihren Besitzestheorien deutschrechtlichen Anschauungen und Grundsätzen gefolgt zu sein. Bei diesem Reichthum der wissenschaftlichen Bearbeitung genügte es, dasjenige Detail der Lehre vom Besitz zur Darstellung zu bringen, welches einen integrirenden Bestandtheil der Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Tradition ausmacht.[1]

---

[1] Nur Eins sei hier noch kurz bemerkt. Wenn Bruns, Besitz, §. 2, behauptet, es sei die Azonische Besitzeslehre von der Glosse approbirt (s. S. 112), während meiner Ansicht nach Placentinus und Bassianus hier von Accursius hauptsächlich befolgt werden, so sprechen die bisher angeführten Stellen deutlich dafür, daß letzteres wenigstens häufig der Fall ist; während allerdings nicht geleugnet werden kann, daß gerade in der Besitztheorie Accursius zwischen mehrern verschiedenen Ansichten mehr als billig hin- und herschwankt und daher auch wol Azo zur Anerkennung gelangen läßt. (S. Bruns, S. 112, Anm. 4). Trotzdem ist es immerhin ein Zeichen der Selbständigkeit, wenn Accursius gerade hier sich von der Führung Azo's, welchem er doch sonst durchweg folgt, wenigstens bisweilen losgelöst hat, um zu dem System zurückzukehren, welchem selbst ein Savigny volle Anerkennung spendet. Daß trotzdem Azo's Ansicht für die spätere Entwickelung vielfach die maßgebende geworden ist, mag darin liegen, daß hier Accursius eben Klares nicht bot und so denn die Summa Azonis, welche ja in allen Fragen ein gar hohes Ansehen genoß, geradezu in locum glossae deficientis

## §. 6.

## 3. Veräußerungsverbote.

Es ist noch zuzusehen, welche Bedeutung ein eventuelles Veräußerungsgebot für die Gültigkeit der trotz desselben vorgenommenen Eigenthumsübertragung hat. Am besten führt uns in den Stand der ganzen Frage ein Gl. Sancimus ad leg. 7 C. de rebus alien. 4, 51. Dieselbe gibt im Anfange eine sehr präcise Uebersicht: entweder verbiete das Gesetz die alienatio, dann sei sie ungültig; oder ein Testament, dann verhalte es sich ebenso, nisi est nudum; oder schließlich eine pactio, dann sei die Veräußerung trotz des Verbots gültig.

1) Gesetzliche Veräußerungsverbote finden sich aufgezählt in Gl. Sive lex ad leg. 7 C. cit.; nämlich die für fundus dotalis, res minorum und res ecclesiasticae. Außerdem gehören noch hierher Sachen aus dem peculium adventitium — l. 8 §. 5 C. de bonis, quae liberis 6, 61 (60) — über welche jedoch die Glosse ad leg. 8 §. 5 cit. nichts Besonderes bietet; und die res litigiosae. Allerdings wird bezüglich dieser letztern eine Nullität der Veräußerung von Accursius nirgends behauptet; doch hat er eine solche sicherlich trotz l. 1 §. 1 D. de litigiosis 44, 6 angenommen, da er die res litigiosae geradezu als extra commercium stehend betrachtet (s. Gl. Per legati ad leg. 4 §. 1 C. de

---

succedirt sein mag. Rein Placentinisch ist die Theorie vom Besitz, welche das „Florentinische Rechtsbuch" ed. Cohn bietet. Wenn der Herausgeber S. XL der Einleitung behauptet, dieses Werk unterscheide sich hier von der Theorie der Glosse, so hat er sich durch III, 2, §. 5 (S. 10) irreführen lassen, wo allerdings zum naturaliter possidere nicht nur corpus, sondern auch animus verlangt wird. Vergebens sieht man sich danach um, wie dann das civiliter possidere erklärt werden soll, bis es dann auf einmal, §. 10 eod. (S. 11) heißt: Item possessionum alia naturalis, alia civilis . . . naturalis est qua corpore incumbimus . . . civilis est cui animo incumbimus, licet non corpore. Diese Stelle verdient offenbar, da sie vollständig den Gegensatz erschöpft und auch zu der Gesammtdarstellung paßt, vor dem §. 5 cit. den Vorzug; in diesem letztern muß der unbekannte Autor sich haben eine Flüchtigkeit zu Schulden kommen lassen.

litigiosis 8, 37), wol mit Rücksicht auf den Zusammenhang der l. 1 §. 2 D. quae res pignori 20, 3. Entschieden hierher, unter die gesetzlichen Veräußerungsverbote, rechnet die Glosse den Fall der l. 3 §. 2, 3 C. communia de legatis 6, 43, s. die Glosse ad h. leg.; auch Accursius denkt dort hauptsächlich an den Fall des Erbschaftsvermächtnisses (s. Windscheid, Pandekten, 4. Aufl. [in der 5. ist dieser Theil der Anm. 1 weggelassen, vgl. Anm. 5 der 5. Aufl., S. 552], §. 172ª, Note 1, I, 545 a. E.) und geräth infolge dessen in Collision mit l. 3 §. 3 D. de S. C. Trebelliano 36, 1. Das Einfachste wäre nun gewesen, anzunehmen, diese Stelle sei durch jene corrigirt, eine solutio, welche neben vielen andern auch in der Glosse vorkommt; aber die Glosse ist so durchdrungen von der Singularität der l. 3 §. 2, 3 C. cit., daß sie ihr gegenüber vom alten Rechte möglichst viel zu retten strebt, und diesem Streben verdankt die Interpretation ihre Annahme, welche in Gl. Transferre ad leg. 3 C. cit. entschieden als die approbirte figurirt: Die alienirte legirte Sache soll in die quarta eingerechnet werden und die Alienation nur, so weit diese nicht reicht, ungültig sein; sei es nun mit oder ohne den Zusatz des Azo: si voluerit fideicommissarius. Damit, daß diese solutio als die von der Glosse angenommene auftritt, will es nun aber gar nicht stimmen, wenn in Gl. Res quae ad leg. 3 §. 3 D. cit. eine Reihe von Lösungen aufgeführt werden, die erwähnte unter ihnen zu allerletzt, und es dann schließlich heißt: Prima placet. Das Räthsel löst sich jedoch sofort, wenn wir einen alten Druck der Glosse zur Hand nehmen und dort sehen: pm̃a placet. Denn offenbar ist die Abkürzung pm̃a von den spätern Druckern nur fälschlich in prima statt in postrema aufgelöst: was denn auch wieder mit der allgemeinen Regel stimmt, daß Accursius seine eigene Ansicht zuletzt vorzubringen pflegt. Daß das Verbot der Veräußerung von Gütern der Decurionen in den civitates Lombardiae nicht mehr befolgt werde, bezeugt kurz Gl. Si quis ad leg. 1 C. de praediis curialium 10, 33; dagegen wird ausführlich behandelt die auf Feudalverhältnisse anwendbare l. 7 C. de agric. 11, 47.

Soviel über die Fälle des gesetzlichen Veräußerungsverbotes;

daß die Folge desselben stets Nichtigkeit der Veräußerung, ist nicht zu bezweifeln; es wird aber auch die weitere Consequenz gezogen, daß sogar der, welcher veräußert hat, später wieder vindiciren kann.[1] Interessant in dieser Beziehung ist Gl. Oeconomo ad pr. Praefationis Nov. 7 (Coll. II, tit. 1), welche fast genau mit Vangerow, §. 199, Anm. 1. a. E. übereinstimmt. Es heißt da: Videtur, quod non (vindicat, qui alienavit): cum non debeat contra suum factum venire . . . E contra quod sic: cum hoc factum nullum sit. In derselben Glosse wird die Analogie der donatio inter virum et uxorem herangezogen. Bestätigt findet sich schließlich das Ganze in Gl. Alienare ad leg. unic. §. 15 C. de rei uxoriae act. 5, 13, welche ausdrücklich sagt: Ipse vir vindicat. — Wenn aber später die Sache nicht mehr unter das Veräußerungsverbot fällt, dann vermag nach der Ansicht der Glosse der frühere Veräußerer dieselbe nicht mehr mit Erfolg zu vindiciren, da ihm nun allerdings eine Einrede entgegensteht: eine Entscheidung, gewonnen nach der Analogie des veräußernden Nichteigenthümers, welcher später Eigenthümer wird; vgl. oben §. 5 Nr. 2 und s. besonders Gl. Convenit ad leg. 42 D. de usurp. et usuc. 41, 3.

2) Gl. Sancimus ad leg. 7 C. 4, 51, von welcher wir ausgingen, erwähnt nicht des richterlichen Veräußerungsverbotes; auch scheint dasselbe sonst von der Glosse nicht angeführt zu werden; daraus zu schließen, daß Accursius es als besondere Art des Veräußerungsverbotes gar nicht anerkannte[2], etwa indem er es mit dem gesetzlichen zusammenwarf, dürfte trotzdem noch etwas gewagt sein.

3) Testamentarische Veräußerungsverbote erachtet die Glosse regelmäßig als solche für wirksam; sie hat hierbei sich besonders von der doppelten Bedeutung des Wortes „lex" verleiten lassen, ein Veräußerungsverbot, welches die „lex testamenti" enthält,

[1] Anders entscheidet freilich Pillius, Quaestio II, Solutio.

[2] Schlüsse aus dem Nichtvorkommen einer Betrachtung oder eines Umstandes sind eben bei der Glosse ihrer ganzen Natur nach stets äußerst gefährlich.

einem „legaliter prohibitum" für gleich zu halten. Wann aber diese lex testamenti blos als nudum praeceptum gelten und daher ausnahmsweise unkräftig sein solle, das war unter den Glossatoren streitig, s. Cod. Chisanus §. 18 (Hänel, Diss. dominorum, S. 136). Ausführliche Erörterungen geben Gl. Causam und Gl. Non possunt dicere ad leg. 114 §. 14 D. de legatis I, sowie Gl. Factum ad leg. 38 §. 4 D. de leg. III. Neigen diese Stellen mehr dazu, die Existenz eines bestimmt bezeichneten Drittberechtigten zu fordern, zu dessen Gunsten das Verbot beigefügt sei: so nähert sich Gl. Si contra i. f. ad legem 2 C. de usuc. pro emptore 7, 26 merkwürdig einer ganz modernen Ansicht von der Sache[1], indem dort blos verlangt wird, daß irgendein erweislich vernünftiges Interesse dem Verbote zu Grunde liege.

4) Ein großes Verdienst der Glosse ist es, trotz der vielen scheinbar entgegenstehenden Stellen, welche sie wohl kannte, fest und strenge bei der Regel verharrt zu sein, daß ein einfach vertragsmäßiges Veräußerungsverbot ganz ungültig, d. h. ohne jede dingliche Bedeutung ist.[2] In aller Breite und mit großer Energie wird dies erörtert in Gl. Nemo paciscendi ad leg. 61 D. de pactis 2, 14 und der bereits häufiger citirten Gl. Sancimus. Letztere schließt mit den scharfen Worten: ... ubi ergo pactum non coadjuvatur speciali lege, transit dominium[3] (trotz des pactum). Die ganze Lehre wird auch nochmals auseinandergesetzt in Gl. Alienet ad leg. 3 C. de condictione ob causam datorum 4, 6. Was in dieser l. 3 der hier behandelten Regel widersprechend scheint, wird bereits von der Glosse ganz genau, fast wörtlich übereinstimmend so erklärt, wie es nach Vangerow (§. 299, Anm., unter 4c.) „schon" Lanck (Zeitschrift für Civ. und Pr., VI, 1841) gethan hat; wie mußte die Glosse in Ver-

---

[1] S. Fitting, Archiv für civilistische Praxis, LI, 270 fg.
[2] Dies führt auch praktisch durch Pillius, Quaestio LVIII.
[3] Es ist wol kaum nöthig zu bemerken, daß, wenn in diesem Satze spätere Drucke zwischen coadjuvatur und speciali, statt zwischen lege und transit ein Komma haben, dies ganz ohne Bedeutung ist; in den alten Drucken steht überhaupt keins.

gessenheit gerathen sein, damit uns hier als etwas relativ Neues geboten werde, was in ihr sich ganz klar und deutlich gesagt findet! — Richtig widerlegt auch Accursius die bisweilen aus l. 7 C. de rebus alienis non alienandis 4, 51 und l. 9 C. de pactis i. e. et vend. 4, 54 fälschlich gezogenen Consequenzen; für jene sehe man wieder Gl. Sancimus cit., welche anführt, wenn in l. 7 cit. gesetzliche, testamentarische und blos vertragsmäßige Veräußerungsverbote „parificirt" seien, so geschehe dies blos, um den bei allen Dreien gleichen Begriff der alienatio, resp. der alienationis prohibitio zu besprechen; die Folgen der verschiedenen Verbote blieben verschieden. Für l. 9 C. cit. ist besonders interessant Gl. Fretus ad hanc leg.: Repetet rem actione ex vendito reddito precio, ut tit. eodem lex cum te (l. 6); non rei vindicatione. Sehr geschickt ist der Vergleich mit l. 6 C. 4, 54; und die ganze Windscheid'sche Lehre von der Voraussetzung liegt nun wieder in nuce in dem Grunde, welchen Gl. Conveniat zu ebendieser l. 6 cit. angibt: Vel verius hic causam dedit contractui haec conventio; quia alias non erat contracturus. Die Pönal-Stipulation hat schon Irnerius in l. 11 D. de religiosis 11, 7 erkannt; wenngleich Gl. Jus est ad hanc leg. auch andere Erklärungen gibt, so ist doch schon deshalb anzunehmen, daß Accursius sich hier Irnerius anschließt, weil dessen Ansicht die letzterwähnte ist.

Große Schwierigkeiten bereiten hingegen — und wahrlich nicht mit Unrecht — der Glosse zwei Fälle. Zunächst einmal der Umstand, daß die Freilassung eines mit dem pactum ne manumittatur verkauften Sklaven nichtig ist. Eine Masse von Erklärungsgründen für diese Anomalie werden aufgezählt, ohne daß irgendeine besonders befriedigend erschiene. Es sollen nur folgende aufgeführt werden: weil diese Bedingung Strafe für den Sklaven sei; damit der Sklave der Folter unterworfen werden könne; und — häufig — weil das einmal Veräußerte schließlich wieder erworben, der einmal Freigelassene aber kaum je mehr in die Sklaverei zurückgebracht werden könne. S. außer den schon citirten die Glossen zu l. 5 C. si mancipium 4, 57. — Praktisch wichtiger ist der andere Fall, der der vielbesprochenen,

nie völlig befriedigend erklärten l. 7 §. 2 D. de distrah. pign. 20, 5. Natürlich finden sich hier abenteuerliche Distinctionen und Solutionen in ungezählter Fülle; doch genügt der Glosse keine derselben, auch die nicht, daß es manifeste interest creditoris, ne debitor vendat pignus, eine Erklärung, welcher wir außer in andern schon häufiger citirten Glossen in den Glossen ad hanc leg. begegnen. Approbirt ist, wie gesagt, auch diese Lösung nicht von Accursius; dieser hat vielmehr, um von dem sonst so strenge durchgeführten Princip nicht abweichen zu müssen, zu dem Mittel gegriffen, daß er eine andere Lesart angenommen hat, nach welcher hier gar keine Anomalie vorläge. Daß jene andere Lesart unrichtig, muß ja nun wol nach Einsicht der Basiliken und nach der über die Bedeutung der Florentina heute gewonnenen Klarheit zugegeben werden; wenn wir aber einerseits bedenken, daß diese kritischen Hülfsmittel den Glossatoren nicht zur Seite standen; und andererseits, daß die aus der richtigen Lesart resultirende Folge vielleicht die größte Inconsequenz im ganzen Umfange des Römischen Rechts repräsentirt: so wird man es der Glosse eher zum Lobe als zum Tadel anrechnen müssen, gerade hier einen Fehler begangen zu haben. Hält so die Glosse strenge an der Lehre von der dinglichen Wirkungslosigkeit eines pactum de non alienando fest, so versteht sich doch von selbst, daß die früher schon erwähnten Grundsätze der lex commissoria und der addictio in diem hiervon unberührt bleiben; dies wird auch noch speciell erwähnt in Gl. Alienet ad leg. 3 Cod. de cond. ob causam dat. 4, 6.

Was die Entschädigung desjenigen, der unter einem pactum de non alienando verkauft hat, betrifft, nachdem trotzdem alienirt ist, so ist schon erwähnt, daß Accursius ihm eine actio ex empto auf Rückgabe der Sache reddito pretio gegen seinen Käufer gibt; ferner ertheilt er ihm eine condictio ex lege 3 C. de condictione ob caus. dat. 4, 6 und schließlich jedenfalls einen Entschädigungsanspruch ex empto, resp. allgemein vermittelst der aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft folgenden actio (s. Gl. Ad complendum ad leg. 75 D. de contrah. emptione 18, 1).

## §. 7.

## C. Eigenthumsübergang durch Richterspruch.

Daß der Richter im Theilungsprocesse Eigenthum überträgt, ist bekannt und unbestreitbar; in Frage kommen kann hier nur das Urtheil des Richters im Eigenthumsstreit, die missio e secundo decreto und die dominii impetratio beim unverkäuflichen Pfande.

1) Der Richter kann entscheiden, etwa infolge einer rei vindicatio, es sei jemand Eigenthümer; oder aber er kann jemand verurtheilen, sein Eigenthum auf einen andern zu übertragen und kann dann dieses Urtheil gegen den widerwilligen Verurtheilten durch Wegnahme der Sache vollstrecken. Diese Dinstiction machen mit aller wünschenswerthen Schärfe Gl. Declaravit ad leg. 35 §. 1 D. de rei vindic. 6, 1 und Gl. Declarari ad leg. 8 §. 4 D. si servitus 8, 5: hic defendit se habere servitutem, non sibi de nova constitui; secus autem si novam constitui praetenderit. Daß in diesem letztern Falle — an Stelle der Servitut ist nur das Eigenthum zu setzen — das statt des Traditionswillens eintretende Urtheil es ist, welches zusammen mit der Tradition an die siegreiche Partei (s. Gl. Ejus fit ad §um ult. J. de officio judicis 4, 17) das Eigenthum transferirt, darüber besteht kein Zweifel; dagegen ist ebenso klar von derselben Glosse hingestellt, daß das Urtheil des Richters darüber, ob eine der Parteien Eigenthümerin sei, nur declaratorisch, nicht rechtsconstitutiv ist. Selbst dort, wo wie in Gl. Tradita sit ad leg. 3 §. 1 D. de Publ. in rem act. 6, 2 angenommen zu werden scheint, daß der gegen den wirklichen Eigenthümer Siegende Eigenthümer werde, wird er dies nicht durch das Urtheil, sondern auf Grund der Besitzesübertragung an ihn, welche der besitzende Besiegte infolge des Urtheils vorzunehmen gezwungen ist. Uebrigens wird die nähere Erörterung dieses Falles bei Besprechung der usucapio pro judicato zu geben sein, während es uns hier genügt zu constatiren, daß dem Urtheile des Richters als solchem — mit Ausnahme des im

Theilungsprocesse gefällten — nirgendwo eigenthumsbegründende Wirkung beigelegt wird.

2) Ob die missio ex secundo decreto[1] sofort Eigenthum übertrage, oder nur causam usucapiendi gebe, darüber herrschte schon unter den Glossatoren Streit (s. Hänel, Diss. dom., pag. 16, §. 22; pag. 35, §. 49; pag. 83, §. 18; pag. 371, §. 142 und die dort citirte Literatur, sowie speciell die S. 16 citirten Glossen; s. außerdem Gl. Servata ad leg. 2 i. f. C. ubi in rem 3, 19). Nach diesen Glossen kann gar kein Zweifel darüber aufkommen, daß Accursius dem missus ex secundo decreto sofortiges Eigenthum zugestand, wenn der, gegen welchen die missio gerichtet ist, Eigenthümer war; l. 5 pr. D. de damno infecto 39, 2 wird dann durch missio gegen einen non dominus erklärt. Nehmen wir die in den Dissensiones dominorum, die in der Gl. Capere ad leg. 5 cit. und die in der Gl. Servatam ad leg. 2 cit. — soweit letztere nicht durch den Consens der übrigen als theilweise irrig sich herausstellt[2] — genannten Glossatoren zusammen, so waren der approbirten Ansicht: Bulgarus, Pillius, Johannes Bassianus, Azo und dann schließlich Accursius; ihnen standen gegenüber Martinus und Jacobus, wobei wir dann erstern wieder auf seiten der weniger strengen Auffassung zu sehen Gelegenheit haben. Seiner Meinung zu sein scheint außerdem Placentinus, welcher bei der missio e primo decreto dem missus gar keinen Besitz gibt, und so eine Steigerung der Wirkung des zweiten Decretes gewinnen kann, ohne durch dasselbe Eigenthum entstehen zu lassen: nämlich indem er dann nun durch dasselbe Besitz entstehen läßt (s. Placentini Summa Cod. tit. 7, 74 de bonis autoritate judicis possidendis, ed. Schœffer, S. 364, Z. 13 fg. v. o.). Die merkwürdig genaue und breite Subscription, welche Gl. Capere cit. in den spätern Drucken trägt — Accursius Florentinus legum doctor — und welche

[1] Es wird hier nur von der missio damni infecti causa und ähnlichen gehandelt; von der missio als processualischem Institut gegen den contumax wird sich später, in §. 27 unter Nr. 2b, zu reden Gelegenheit finden.

[2] Wegen der Entstehung des Irrthums durch eine momentane Verwechselung s. Gl. Possessor ad leg. 8 §. 3 C. 7, 39.

darauf hinzudeuten scheint, daß Accursius hier mit aller Absicht das entscheidende Gewicht seiner Stimme für die von ihm vertretene Ansicht in die Wagschale geworfen hätte, findet sich in der Ausgabe bei Andreas Papias (Venedig 1491) nicht.

3) Heutzutage überträgt der Richter ein unverkäufliches Pfand dem Gläubiger zu Eigenthum, während nach Römischem Recht die Adjudication nur durch den Kaiser stattfand. Die Glosse gibt Genaues hierüber nicht; dieselbe erwähnt blos ein abweichendes Gewohnheitsrecht im allgemeinen bezüglich des tit. C. de dominio impetrando 8, 34, s. Gl. Recuperare ad leg. 3 §. 3 C. h. t., und beruft sich dabei auf die Lombarda. Einen sehr bedenklichen Irrthum haben hier spätere Drucke. Diese lesen: Sed haec, quae hac lege dicuntur, aliter consuetudine et aliter civitatum statutis observantur et per Lombardam; danach wäre ein anderes das Gewohnheitsrecht, ein anderes das Statutarrecht der Städte gewesen; auch die Bedeutung der Lombarda wird nicht ganz klar. Dagegen liest mein Codex de Tortis 1495: ... aliter de consuetudine statutis civitatum observantur; et sic etiam per Lombardam, so daß offenbar von einem auf das Statutarrecht der Städte gestützten, mit der Lombarda[1] übereinstimmenden Gewohnheitsrecht die Rede ist.

## §. 8.

## D. Eigenthumsübergang durch Gesetz.

In einer Reihe von Fällen geht zur Strafe des Eigenthümers dessen Eigenthum auf einen andern ipso jure über. Solche

[1] Diese wird näher citirt: ut in titulo de debitis et guadimoniis civitatum, ob et quando licet pignorare vel non, si quis fidejussorem, i. e. Lombarda II, 21, 24 (Liutpr. 108): nach dieser Stelle wird der Gläubiger, welcher gepfändet hat, nach Ablauf von 30 Tagen oder bei weiterer Entfernung vom Schuldner von 60 Tagen, sofern in dieser Zeit Einlösung des Pfandes nicht erfolgt ist, von selbst Eigenthümer der Pfandstücke. Vgl. auch die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus, herausgegeben von Anschütz, Liber secundus, tit. XXI, bei beiden a. E.,

Straffälle sind aufgeführt in Gl. Statim ad leg. 14 D. de public. 39, 4, und besonders in Gl. Imminere ad Nov. 12, cap. I (Coll. II, tit. 6). Ebendort wird dann nicht nur der theoretische Unterschied zwischen dem Eigenthumsübergange sententia lata und demjenigen ipso jure festgestellt, sondern auch auf eine praktische Folge, quoad fructus medii temporis, hingewiesen. Wenn als Grund des ipso jure vor sich gehenden Eigenthumsüberganges bezeichnet wird, daß jedesmal ein horrendum delictum vorliege, so entspricht dies mehr der Lage der Dinge, wie sie de lege ferenda sein sollte, als derjenigen, welche durch die principlose Justinianeische Gesetzgebung geschaffen ist. — L. 8 C. de agro deserto 11, 58 wird von der Glosse als Anordnung weniger eines Eigenthumserwerbes ex lege, denn einer Ersitzung betrachtet: wer solch einen ager desertus in Besitz nimmt, soll denselben ausnahmsweise schon innerhalb zwei Jahren — der Reclamationsfrist des Eigenthümers — ersitzen und zwar auch ohne titulus und ohne bona fides; dies sei speciali favore tributorum (s. Gl. Possessionem ad leg. 8 C. cit. und vgl. Summa Pillii tit. Cod. 11, 58) eingeführt.

Unter die Fälle sofortigen Eigenthumsüberganges rechnet es wol die moderne Theorie, wenn nach der Trennung der Ehe sofort der Frau die rei vindicatio auf ihre Dotalsachen zusteht. Die Glosse betrachtet dieses Verhältniß von einem ganz besondern Gesichtspunkte aus. Indem sie nämlich wenig Gewicht darauf zu legen geneigt ist, daß der Frau diese Vindication erst nach getrennter Ehe gebührt, beschäftigt sie sich mit der betreffenden Regel als einem Beweise dafür, daß die Frau nie ganz aufhöre, domina der res dotales zu sein. Die Controverse, dotis dominium utrius sit, mariti an uxoris, ist bei den Glossatoren eine sehr lebhafte gewesen (s. Hugolinus, §. 266, [Hänel, Diss. dom., S. 436 fg.]). Daß es dabei Martinus war, welcher (s. besonders auch Gl. Naturali jure ad leg. 30 C. de jure

---

Ariprand, S. 118, Albertus, S. 119. — Anders nach Deutschem Recht (s. von Schulte, Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte, III. Buch, 3. Kap., §. 159, S. 500 oben).



dotium 5, 12) der Frau das Eigenthum zusprach, wird uns nicht wundern; ihm schloß sich an, wenigstens in gewissem Maße, Placentinus, nach welchem die Frau eigentlich Eigenthümerin bleibt, licet subtilitate juris transierit (dos) in dominium viri (s. Placentini Summa Cod. libr. 5, 12 ed. Schoeffer, S. 204, Z. 9 v. u. und libr. 5, 13, S. 208, Z. 16 fg. v. u.). Auf der andern Seite stehen fest vereint und schließlich auch in der Accursischen Glosse siegreich Bulgarus, Johannes Bassianus und Azo.[1] Eine mittlere Meinung scheint Hugolinus angenommen zu haben (s. Gl. In rem actionem ad h. l.), indem er zwischen res aestimatae und inaestimatae unterschied[2], so daß er bei den erstern der Frau die actio in rem gar nicht geben wollte. Doch wird diese Scheidung von Accursius ausdrücklich in Gl. Naturali jure cit. a. E. verworfen, indem der Frau ihre actio in rem für alle Dotalsachen in subsidium zugestanden wird.

Wie erklären sich aber Bulgarus und seine Anhänger diese actio in rem der Frau? Der ganze Streit knüpfte sich an die Worte der l. 30 cit.: . . . ut sive naturali jure ejusdem mulieris intelligantur . . ., welche Martinus natürlich zu statten kamen, und auf welche sich auch Placentinus stützte. Die Glosse jedoch, genau nach Johannes Bassianus, leugnet ausdrücklich, daß hier auch nur von eigentlichem, ausgebildetem jus naturale die Rede sei, denn schon nach diesem werde man ja Eigenthümer durch traditio, dem Manne würden aber die Dotalsachen tradirt, er werde also jure naturali ihr Eigenthümer; nun sei es ferner auch juris naturalis, daß duo in solidum domini esse non possunt: also könne die Frau selbst jure naturali nicht Eigenthümerin sein. Der Ausdruck naturali jure in l. 30 cit. bedeute vielmehr (in der verschwommenen Justinianeischen Redeweise, die so in der Erklärung eine gewiß berechtigte Kritik er-

---

[1] Wegen dieses letztern s. auch Azonis Brocardica, Rubr. 34 de dotibus et matrimonio, i. m. A. S. 351.

[2] Diese, in Bezug auf die res dotales venditionis causa aestimatae selbst in neuerer Zeit wol wieder gemachte Unterscheidung wird verworfen auch von Bechmann, Dotalrecht, 2. Abthl., §. 172, S. 469.

führt) das jus primaevum, quo non distinguebantur dominia nisi ad usum; unde, quia promiscue cum viro utitur (femina), cum eo domina eo jure videtur; und weiter mit interessanter Analogie: Sic filii eadem ratione dicuntur domini rerum paternarum (s. auch Azo, Lectura in Cod. ad leg. 30 C. cit. §. 5 fg.). — Das bot denn nun allerdings keine juristische Erklärung für die rei vindicatio der Frau; eine solche ist auch weiter nicht in der Glosse, besonders weder in Gl. ad hanc leg., noch in Gl. In rem ad Nov. 61, cap. I, §. 1 (Coll. V, tit. 14) zu finden; sicher aber ist Folgendes: Die Glossatoren haben nicht daran gezweifelt, daß hier eine echte actio in rem vorliege; Accursius hat sie der Frau ausdrücklich in allen Fällen, seien die res dotales ästimirt gewesen oder nicht, soluto matrimonio vel etiam constante eo, si vir vergat ad inopiam, gegeben; von der actio in rem auf das dominium zu schließen hat er keine Bedenken; dagegen leugnet er, daß die Frau schon vorher domina war; es kann also weiter nichts als Zufall sein, wenn nirgendwo ausdrücklich gesagt wird, daß die Frau in den Fällen, wo sie die Klage hat, ipso jure Eigenthümerin werde, denn die festgestellten Prämissen lassen gar keine andere Folgerung zu und Azo, loc. cit. §. 7 sagt förmlich, sed post matrimonium solutum redeunt (res dotales) ad mulierem; wenngleich man sich die Besonderheit des Falles nicht ganz klar gemacht haben mag.

Eine utilis in rem actio gibt die Glosse auf von ihrem Gelde gekaufte Sachen nicht nur Soldaten und Minderjährigen, sondern auch der Kirche nach Analogie der Minorennen und schließlich der Frau auf Sachen, welche ihr Ehemann von ihrem Gelde angeschafft hat, gestützt für letzteres auf l. 55 D. de don. int. vi. et ux. 24, 1. Diese vier Anwendungen der utilis rei vindicatio stellt zusammen Gl. Utilis actio ad leg. 2 D. quando ex facto 26, 9, s. auch Gl. Accomodari ad leg. 55 D. cit. und Azo, Lectura in Cod. ad leg. 8 C. 3, 32. Zur Erklärung begnügt Accursius sich damit, für diese überhaupt besonders privilegirten Personen ein singulare zu statuiren; im übrigen hilft der bequeme Ausdruck utilis R. V. über die tiefer liegenden

Schwierigkeiten fort; so bemerkt Gl. Accomodari cit.: Et nota speciale, quod res empta ex mea pecunia fit mea, utiliter saltem. Die Rolle, welche hier das dominium utile spielt, dürfte ungefähr dem „fingirten Eigenthume" Kindervater's[1] entsprechen. — Uebrigens unterscheidet die Glosse für das Vindicationsrecht des Soldaten nicht, ob der, welcher für das Geld des Soldaten gekauft hat, dessen Procurator war oder nicht, wie klar zu entnehmen ist vermittelst argumentum e contrario aus Gl. Mandati ad leg. 8 C. de R. V. 3, 32. — Fälle, in welchen trotz utilis rei vindicatio die moderne Theorie wol jeden Eigenthumswechsel zu bestreiten geneigt ist, bieten, außer den schon behandelten in den Titel de donationibus inter vi. et ux.[2] gehörigen, noch l. 9, §. 2 D. de acqu. rer. dom. 41, 1 und l. 5, §. 3 de rei vind. 6, 1. Von denselben wird nun aber später genauer zu reden sein, wenn es sich um die eigentlich von ihnen besprochenen Eigenthumsübergangsfälle handeln wird; hier genügt es, zu bemerken, daß die Glosse daran zweifelt, ob dem frühern Herrn überhaupt eine actio utilis in rem zuzugestehen sei, um die weitere Construction einer derartigen actio sich aber weiter schon deshalb nicht kümmert, weil jene Zweifel schließlich eine verneinende Antwort finden; s. Hänel, Dissensiones dom., pag. 18, 111, 187 und 195.

Als rein obligatorische Klage behandelt Gl. In rem[3] ad leg 15 C. de don. ante nuptias 5, 3 die dort dem Geschenkgeber bei nicht nachfolgender Ehe gegebene actio utilis in rem, indem sie erklärt: Tacite enim videntur pacisci de reddendo, si matrimonium non sequatur per factum accipientis; richtig wird zur weitern Erklärung l. 21 D. de jure dotium 23, 3 herangezogen. Weiter beruft man sich dann auf l. 1 C. de donationibus quae sub modo 8, 55. Bei dieser wird wieder ganz bestimmt ein Eigenthumsübergang, resp. Eigenthumsrückgang auf den, welcher

---

[1] S. Jahrbücher des gem. Rechts, herausgegeben von Becker und Muther, VI, 337—365.

[2] Vgl. zu denselben auch Gl. Utilem ad leg. 30 D. h. t. 24, 1.

[3] In meinem Codex de Tortis 1495 steht diese Glosse ad verbum „utilem".

sub modo geschenkt hat, angenommen und diese Ausnahme gegen den Satz, daß ex pacto nudo non transit dominium, mit dem favor specialis der Alimente begründet, s. Gl. Dominium und Gl. Condictio ad hanc leg.

Im ganzen bemerkt man hier klar den Mangel eines durchgreifenden Princips, doch kann daraus der Glosse gewiß kein Vorwurf gemacht werden, da diese Fälle großentheils bis heute Singularitäten geblieben sind. Von dem Gesichtspunkte der Glosse aus hätte die Besprechung derselben eher in die Lehre von der rei vindicatio utilis als hierher gehört; da aber einmal das Verfahren angenommen ist, die Systematisirung möglichst in moderner Form zu geben, und weiterhin die einzig nöthige Vorerörterung, nämlich die über den Begriff der actio in rem utilis, schon oben in §. 2 gegeben war, so ist auch hier in der Anordnung nach der Stellung der Lehre im modernen Pandektensystem verfahren worden.

## E. Eigenthumserwerb durch Ersitzung.[1]

### §. 9.

### 1. Einleitung.

Es ist nicht die Art der Glosse, viel über die einem Rechtsinstitut zu Grunde liegenden rechtsphilosophischen Anschauungen

[1] Ueber die Materie der Verjährung handelt im Zusammenhange Rogerius in seinem Tractatus de praescriptionibus; hierher gehört besonders der Titel de longi temporis praescriptione, doch sind auch die übrigen Titel beachtenswerth; vgl. ferner den §. 5 aus den Excerpta e Rogerii Summa Codicis, ed. Hänel, Diss. dom. S. 557. Im allgemeinen hält Rogerius nicht so viel, wie man sich wol von ihm verspricht. Die Schärfe und juristische Bedeutsamkeit, welche Bulgarus, Placentinus, Azo entwickeln, läßt sich hier nur vermissen. Es ist mehr eine Aufzählung verschiedener Erfordernisse, als ein Eindringen in die Sache, was er bietet. Die schwierigern Fragen werden häufig dadurch umgangen, daß einfach beide Ansichten angeführt werden; die Bestimmungen z. B. von titulus und bona fides sind nicht so glücklich wie bei andern Glossatoren. Dagegen finden sich wenig Singularitäten; eine solche, welche Erwähnung verdient, wäre etwa die Gegenüberstellung von persona einerseits, hereditas jacens und bona fides an-

zu grübeln. Wenn sie rubricirt, d. h. festgestellt hat, ob eine gesetzliche Institution auf dem jus naturale oder dem jus civile beruhe, so pflegt sie sofort auf die Sache selbst einzugehen. Aller-

---

dererseits: beide letztere müssen zum Beginn der Ersitzung vorhanden sein. Jedenfalls beruht das Verdienst des Rogerius mehr auf seiner Distinctionen- und Controversensammlung, als auf dieser seiner selbständigen Arbeit.

Der Hauptsache nach blos von der praescriptio longissimi temporis handelt ganz kurz unter der Ueberschrift de praescriptionibus der sogenannte Ulpianus de edendo, ed. Hänel, S. 23.

Jedenfalls mehr als dieser, aber auch mehr als Rogerius, bietet Azo; dieser gibt nämlich außer dem, was sich in seiner Lectura in Cod. und in seiner Summa findet, noch eine der des Rogerius ähnliche, ihr aber in jeder Beziehung vorzuziehende Darstellung in seinen Brocardica. Rubrica VII derselben, de praescriptionibus, ist ein dem Rogerischen entsprechender, aber sehr viel genauer und übersichtlicher gearbeiteter Fristenkatalog; Rubr. VIII, qualiter dominium acquiratur vel mutetur vel amittatur praescriptione; et de eorum interruptionibus et quibus praescriptio non nocet et in quibus rebus dominium praescriptione acquiritur, ist allerdings weit von Vollständigkeit entfernt; das aber, was dort auseinandergesetzt wird, ist klar und schön. Die betreffenden beiden Rubriken füllen in m. Ausg. S. 76—100. Die sich dann anschließende Rubr. IX de usucapionibus ist äußerst dürftig und geringfügig, sie reicht nur bis S. 103.

Rogerius und Azo gemeinsam ist die katalogartige Aufzählung aller Verjährungsfristen, eine solche findet sich auch schon, abgesehen von der byzantinischen Literatur, in der Schrift de actionum varietate et vita seu longitudine (Fitting, Juristische Schriften des frühern Mittelalters, II, 128—130). Der Zusammenhang zwischen den bolognesischen Werken und ihr ist gar nicht zu verkennen, vielmehr hat offenbar sie oder einer der vielen ihr ähnlichen vor-Irnerischen Tractate wenigstens Rogerius, wahrscheinlich aber auch Azo — dieser könnte möglicherweise blos auf Rogerius sich stützen — als Muster gedient. In den Einzelheiten stimmt allerdings manches nicht überein, so z. B. wenn de act. var. §. 24 bei der Ersitzung von Immobilien der Ausdruck usucapio gebraucht wird. Siehe überhaupt wegen der hierhergehörigen vor-Bononiensischen Literatur noch: Petri Exc. App. II (Fitting, Juristische Schriften, S. 165—170) und Ex Cod. Bambergensi II (Eod. S. 174—181): beide Stellen ebenfalls mit Aufzählung von Verjährungsfristen; und schließlich die verschiedenen Abschnitte de usucapione und de praescriptione im Libellus de verbis legalibus 10, 16, 58. (Fitting, eod., S. 185, 187, 202.) Recht interessant ist auch der Tractat de praescriptione, e Cod. Gottw. ed. Gross, s. oben §. 7, C. 4, S. 75, welcher über die von ihm behandelte Materie eine in sich geschlossene Darstellung liefert. (Bei Groß, S. 251—264.) Die nicht tiefgehende Kenntniß des Verfassers vom Röm. Recht verräth sich zwar z. B. bei Gelegenheit der Besprechung des titulus pro herede (s. unten S. 179, Anm. 1), im ganzen ist aber die Ausführung mit der Theorie der Glossatoren übereinstimmend.

dings hat sie sich auch hin und wieder andere Fragen stellen müssen, so z. B. die nach dem Grunde der Strafe, s. Gl. Honorari ad leg. 1, §. 6 D de postulando 3, 1, wo sie annimmt, der Verbrecher erkläre stillschweigend durch sein Verbrechen, sich späterhin der gesetzlichen Strafe unterziehen zu wollen. Im allgemeinen aber sind solche Erörterungen, wie gesagt, ihre Sache nicht, und so ist sie denn auch bei der Begründung der Lehre von der Ersitzung keineswegs über die in den einzelnen Quellenstellen bemerkten Ursachen hinausgegangen, sondern hat sich begnügt, dieselben zu verbinden und bei der einen auf die andere zu verweisen; s. jedoch auch im Commentar des Bulgarus zu dem Titel de Regulis juris die Bemerkungen ad leg. 11, ed. Beckhaus, S. 12, Z. 4 fg.

Die historischen Kenntnisse der Glossatoren über die Lehre von der usucapio, resp. longi temporis praescriptio scheinen sich auf das beschränkt zu haben, was aus pr. Inst. de usuc. 2, 6 ersichtlich, wobei das „jure civili" durch „jure XII tabularum" erklärt wird; und darauf, daß die praescriptio longissimi temporis ganz späten Ursprungs ist, s. Gl. Veteres leges ad leg. 8 pr. C. de praescriptione XXX vel XL annorum 7, 39. Außerdem dürfte Accursius eine Ahnung davon gehabt haben, daß früher an italienischen Grundstücken Usukapion und nicht longi temporis praescriptio stattfand; s. die Glossen ad leg. unic C. de usucapione transformanda 7, 31. Dieselbe Kenntniß findet sich bei Azo, Summa Cod. libr. VII, Rubr. 26, §. 1, wo es heißt, früher hätte die usucapio sich auch auf res immobiles bezogen. S. ferner die merkwürdigen Gelehrsamkeitsbrocken bei Placentinus, Summa Cod. libr. 7, 34 in initio: quia olim res Italicae erant mancipi, id est usucapibiles. Auffallend ausführlich behandelt die Sache Vacarius, s. Wenck, Mag. V., S. 287, Nr. 330. — Alles dieses ist freilich wenig; doch kann man im ganzen wohl

Besonders merkwürdig ist die, gerade wie bei den Glossatoren, scharf durchgeführte Trennung zwischen usucapio und praescriptio. Ueber die Veranlassung, welche den Autor, einen Kanonisten, bewogen, diesen ziemlich ausführlichen Tractat abzufassen und die hierdurch bedingte Natur desselben s. Groß, in der Vorrede zu seiner Ausgabe, S. 5 fg.



behaupten, daß die Glosse zu falschen oder schiefen Folgerungen durch den Mangel ihrer geschichtlichen Kenntnisse nicht gekommen ist; ob es trotz jenes Mangels geschehen oder eine Folge desselben gewesen ist, daß die Glosse die entschiedenste Vertreterin der Ansicht wurde, nach welcher auch im Justinianeischen Rechte noch ein bedeutender Unterschied zwischen usucapio und longi temporis praescriptio bestehen soll, ist schwer zu sagen. Jedenfalls aber macht sie diese Unterscheidung und zwar in so grundlegender Weise, daß das Nähere derselben nun zunächst vor allem andern klargestellt werden muß. Die Sache ist schon zwischen Martinus und Bulgarus controvers gewesen, und so findet sich denn auch in der Vetus collatio §. 27 (Hänel, Diss. dom., S. 18) der Streitpunkt erwähnt; s. die dort weiter citirten Stellen und Glossen. Martinus behauptete, daß bei jeder Ersitzung, mit Ausnahme einzig der longissimi temporis praescriptio, wirkliches Eigenthum erworben werde; ihm stehen auf das entschiedenste entgegen Bulgarus, Johannes Bassianus und Azo.[1] Diese sprechen im strengen Sinne von Usukapion nur bei Mobilien, von Präscription nur bei Immobilien. Erstere gibt unzweifelhaft volles Eigenthum, letztere nur dominium utile, aber denn doch ein dominium utile der Art, welches demjenigen, der ersessen hat, selbst wenn er die verlorene Sache gegen den besitzenden dominus directus utiliter vindicirt, zum Siege verhilft. Andere scheinen noch weiter gegangen zu sein, und dem, welcher präscribirt hat, gegen den Eigenthümer nur dann, wenn er im Besitze war, eine exceptio und nur gegen Dritte eine rei vindicatio utilis gegeben zu haben. Doch werden uns nicht einmal die Namen dieser „Andern" genannt, weder von Gl. Actionem ad leg. 8 pr. C. 7, 39, noch von Hugolinus in §. 328 (s. Hänel, Diss. dom. S. 475). Gehen wir deshalb, nachdem wir ihre Meinung nur kurz erwähnt, über dieselben hinweg und kehren zu den zwei Hauptgegnern zurück.

---

[1] S. besonders Azonis Summa Cod. libri III, de rei vindicatione §. 2 (Datur autem) und libri VII, de longi temp. praescriptione, pr. und §. 1; auch Hugolinus gehört hierher, s. seine Summa Digestorum, tit. D. 44, 3 de diversis temporalibus obligationibus, in m. A. fol. 284, Sp. 1, sub Nr. 1.

Bulgarus berief sich offenbar auf die Anfangsworte der l. 8 C. cit. und die darin erwähnte exceptio, s. Gl. Exceptionem ad hanc leg. Interessant ist die Erwiderung des Martinus, welcher sich auf die Distinction zwischen exceptio intentionis und exceptio juris[1] beruft, und das Wort exceptio in l. 8 in dem erstern Sinne verstanden haben will. Doch scheint es ihm nicht gelungen zu sein, seiner uns doch von vornherein annehmbarer erscheinenden Meinung Anhänger zu verschaffen. Woher nun diese entschiedene Neigung der Glossatoren, hier einen Unterschied aufzustellen? Nichts leichter, als mit einem Hinweis auf ihre Distinctionensucht oder dgl. m. zu antworten; aber wenn auch zugegeben werden muß, daß bei ihnen nicht schon, wie bei uns, eine Abneigung von vornherein gegen jede Distinction bestand, so haben wir doch keinen Grund, ihnen eine so weitgehende Zuneigung zur Distinction unterzuschieben, daß sie blos derselben zu Liebe ganze Theorien aufgestellt hätten.

Vielmehr liegt hier der Grund viel tiefer; auf denselben kann uns leiten Gl. Dominia rerum ad pr. J. h. t. 2, 6. Da wirft Accursius die Frage auf, quare usucapione magis dominium quaeratur. Antwort: quia mobilium rerum vilis est possessio mit Berufung auf l. 47 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2; und dort heißt es dann in Gl. Neglecta noch viel schärfer: Nota: ex hoc colligimus tota die quod possessio rei mobilis est vilis et abjecta, eo quod facile perditur etiam ab ignoranti, quod non est in immobili. Wer hieraus noch nicht schließt, wo eigentlich die causa movens für die Glossatoren sitzt, dem muß dies klar werden aus der lebhaften Polemik, welche Doneau, sonst gerade kein Feind der Glosse, bezüglich speciell dieser doch so unschuldig klingenden Begründung mit der Glosse führt. Donellus ist wol der Bedeutendste unter den Aelteren, welche für die völlige

---

[1] S. von Bethmann-Hollweg, Civilproceß VI, Abth. 1, S. 55; danach verstand Bulgarus die exceptio schon in so weitem Sinne (ebend. Anm. 3) daß eine derartige Distinction wohl gegen ihn angewendet werden konnte; die fragliche Distinction selbst aber schreibt von Bethmann-Hollweg dem Azo zu (s. ebendort Anm. 4); es ergibt sich aus Gl. Exceptione cit., daß sie schon zur Zeit des Bulgarus und Martinus bekannt gewesen sein muß.



Gleichheit von usucapio und longi temporis praescriptio nach Justinianeischem Rechte in die Schranken getreten sind; nichtsdestoweniger ist man zuerst verwundert, ihn eben jene Ansicht der Glosse von der possessio rerum mobilium als einer vilis und abjecta gar so scharf angreifen zu sehen, wie er es in Com. Jur. Civ. Lib. V, Cap. 12, §. 5 (i. m. A. S. 108 des Bandes 3) thut. Quid enim, sagt er unter anderm, si sit pretiosus aliquis annulus, si signum, si statua aut pictura magnae artis, si vas aureum, torquis aureus magni pretii, si vestis aut supellex pretiosa? Daß es solche kostbare Mobilien gibt, wußte die Glosse gewiß ebenso gut wie Donellus; aber ihr waren dieselben und besonders der Besitz an denselben, resp. geradezu das Eigenthum derselben kein volles, mit andern Worten, wir stehen hier vor deutschrechtlichen Anschauungen. Das unbewegliche Gut als echtes Eigen, dessen Besitz nur schwer und dessen volles Eigenthum kaum je ohne Willen des Eigenthümers verloren gehen kann, tritt der fahrenden Habe entgegen, bei welcher Eigenthum und Besitz fast zusammenfallen, bei welcher besonders der Uebergang von dauerndem Besitz zu Eigenthum leicht von statten geht. So sehr auch sonst die Glossatoren rein römisch fühlen und denken, so wird sich doch dieser Zusammenhang kaum ableugnen lassen. Schon den Glossatoren war nun freilich der zu Grunde liegende Gedanke gewiß nicht mehr klar, im Gegentheil, sie glaubten blos nach ihren römischen Quellen zu verfahren, und hätten sicher sich gewaltig dagegen verwahrt, wenn man ihnen vorgeworfen hätte, sie wendeten da germanische Rechtsbegriffe an; dem Donellus aber, welcher der Sache gar kein Verständniß mehr abgewinnen konnte, mußte von seinem durchgebildet römisch-wissenschaftlichen Standpunkte aus das Fremdartige in jener Begründung besonders auffallen, daher denn sein lebhafter Widerspruch und daher schließlich auch seine Theorie über diesen Punkt.

Praktisch haben nun freilich die Glossatoren aus ihrer Ansicht von der Verschiedenheit zwischen usucapio und longi temporis praescriptio außer in einigen Nebenpunkten, welche wir gelegentlich berühren werden, keine weiterreichenden Folgen gezogen, besonders haben sie die naheliegende Gefahr vermieden,

demjenigen, welcher präscribirt und dann den Besitz verloren hat, erfolgreiche Klage gegen den alten Eigenthümer abzusprechen, wenngleich, wie schon erwähnt, einige „Alii" auch so weit gegangen waren. Indem die Glosse demjenigen, welcher präscribirt hat, dominium utile, d. h., wie sie selbst sagt, effectum dominii zuschreibt, hat sie ihn schließlich thatsächlich demjenigen, der usukapirt hat, ziemlich gleichgestellt.

Die praescriptio longissimi temporis, welche der Glosse kaum etwas mehr ist als eine Einrede, werden wir später in §. 19 besprechen.

## 2. Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

### §. 10.

### a. Besitz.

Gewiß hat nie jemand daran gezweifelt, daß zur Ersitzung als Basis und erstes Erforderniß der Besitz gehöre. Eine besondere Glosse, welche dieses bestätigte, ist kaum anzuführen; vgl. aber Rogerius, Tractatus de praescriptionibus, zu Anfang des Titels de longi temporis praescriptione, i. m. Ausg. S. 161. Es mag mit den schließlich immerhin etwas schwankenden Begriffen der Glosse vom Besitz zusammenhängen, wie sie über die in einzelnen Fällen sich hieran anschließenden Schwierigkeiten bisweilen leichter als billig hinweggeht.[1] So wird l. 44, §. 4 D. h. t. 41, 3 einfach damit beseitigt (s. Gl. Cur non capit usu ad hanc leg.), daß hier blos ein error facti vorliege, im Gegensatze zu dem error juris bei l. 32, §. 1 D. h. t.: ob nicht dieser

[1] Damit steht im Widerspruche folgende höchst merkwürdige Stelle aus Lauterbach, Coll. Theoretico-Practicum, ad libr. 41, tit. 3, Nr. 8: Die Ersitzung sei unmöglich ohne Besitz im strengsten Sinne . . per leg. 55 D. de O et A, unde arg. l. 30, §. 2 D. h. t. (41, 3), l. 1, §. 5 D. de itinere actuque privato (43, 19); ibi Glossa: Tantum usucaptum, quantum possessum. Es ist mir jedoch unmöglich gewesen, eine solche Glosse zu finden, sei es an den angegebenen Stellen, sei es anderswo. Nach diesem Resultat scheint es mir kaum wahrscheinlich, daß eine derartige Glosse existirt; wie und wo der von Lauterbach angeführte Spruch entstanden ist, vermag ich allerdings nicht anzugeben.

error facti den animus possidendi und dadurch den ganzen Besitz afficire, wird gar nicht gefragt. Charakteristisch ist überhaupt Gl. Sine possessione ad leg. 25 D. h. t. 41, 3; dort wird nämlich zu dem Worte possessione einfach zugesetzt vera vel ficta, wobei jedoch zu bedenken, daß die Glosse eigentlich fingirten Besitzerwerb im modernen Sinne nicht kennt, s. oben §. 5 unter Nr. 8, S. 131 fg. Gl. Sine possessione cit. sagt nun aber noch weiter: et hoc inspecto initio; finitur enim quandoque sine possessione, wobei sie sich auf den Fall der die Usukapion zu Ende führenden Erbschaft und auf den Fall der l. 30, §. 1 D. h. t. beruft; auf letztern werden wir zurückkommen, s. unten S. 158; bei ersterm liegt allerdings unstreitig eine Anomalie vor, s. Näheres unten S. 193.

Hier ist noch die wichtige Frage zu behandeln, wie es mit der Ersitzung der mit oder zu einem Ganzen verbundenen Theile steht; jedoch wird, wenn es hierbei auch unvermeidlich, das Verhältniß des tignum junctum wenigstens zu erwähnen, doch die ausführlicher auf dasselbe eingehende Darstellung ihren Platz erst bei derjenigen des Eigenthumserwerbs durch Verbindung finden.[1]

Auszugehen ist von der Lehre des Besitzes. Hier scheint unbestreitbar, daß der Besitz an einer jeden Sache untergeht, welche einem Ganzen als Theil eingefügt wird. Niemand kann von der Unmöglichkeit, einen Theil eines Ganzen anders denn als solchen zu besitzen, stärker überzeugt sein als die Glosse. Die Unterscheidung zwischen dem Theil als selbständiger Sache und als Stück des Ganzen war den scholastisch geschulten Juristen jener Zeit eine so naheliegende, eine so bequem zu handhabende und so unbezweifelt feststehende, daß wir uns nicht wundern dürfen, wenn gerade die Glosse diese ihre philosophische Anschauung in der ganzen weitern Theorie mit eiserner und bewunderns-werther Consequenz durchführt. Bereits in der Historischen Uebersicht S. 35 ist Gl. Mutet ad leg. 23 pr. D. h. t. als Beispiel

[1] Außer der bekannten weitschichtigen Literatur über dieses Thema vgl. nunmehr die sehr lesenswerthe und elegant geschriebene Dissertationsschrift von J. Schumacher: Ueber tignum und tignum junctum (Bonn 1882).

für den Einfluß der Scholastik auf die mittelalterliche Jurisprudenz citirt; s. ferner Gl. Aedes ad leg. 23 pr. D. cit. und Gl. Non videtur possidere ad leg. 30 pr. D. de acqu. vel am. poss. 41, 2, wo die Belegstellen von Accursius gehäuft werden.

Streng logisch läßt sich nun aus dem quellenmäßigen und an und für sich richtigen Satze: 1) die Theile einer zusammengesetzten Sache besitzt man nicht als etwas Besonderes, die weitere Folge ziehen: 2) Der Besitz einer (beweglichen) Sache hört auf, wenn sie mit einer andern verbunden wird.[1] Und daher weiter 3) Eine mit einem Ganzen zum Theile verbundene Sache kann, während sie in diesem Zustande ist, überhaupt nicht usukapirt werden.

Diese Consequenz ist von Accursius mit rigidester Schärfe durchgeführt worden, und zwar so streng, daß er, um die Reihenfolge von 1 auf 2 nicht zu durchbrechen, lieber, wie wir sehen werden, einmal diejenige zwischen 2 und 3 fallen läßt, d. h. Ersitzung ohne Besitz annimmt. Im Einzelnen gestaltet sich die Sache folgendermaßen:

1) Die Ersitzung beginnt an einer schon zusammengesetzten Sache; dann ist gar keine Möglichkeit dafür vorhanden, daß die Theile auch als besondere Sachen ersessen werden. Hier zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu scheiden, ist wol noch kaum je versucht worden, dagegen hat den Satz für beide bekanntlich Savigny geleugnet, indem er l. 23, §. 7 D. de rer. vind. 6, 1 und l. 7, §. 11 D. de acqu. rer. dom. 41, 1 als Ausnahmefälle mit Bezug auf die Singularität des tignum junctum hinstellte. Nichts Aehnliches findet sich in der Glosse, welche nicht einmal an eine solche Möglichkeit gedacht zu haben scheint, sie beruft sich beide male einfach auf die allgemeine Regel, daß Besitzverlust eintritt, wenn ein Selbständiges ein Theil wird. S. Gl. Caementa ad leg. 23, §. 7 D. cit. und Gl. Non placuit ad leg. 7. §. 11 D. cit.

Anknüpfend aber an die specielle Geschichtserzählung dieser beiden Gesetze hat nun die moderne Theorie, so weit solche nicht

---

[1] S. Schumacher, S. 6 und besonders die Ausführung auf S. 7.

mit Savigny geht, eine ganz besondere Unterscheidung hier eingeschoben, die, wenn sie von der Glosse gemacht würde, gewiß allseitig als scholastische Distinction behandelt worden wäre. Es soll schließlich in den meisten praktischen Fällen denn doch der Theil mitersessen sein, sodaß, wenn auch später das Ganze auseinanderfällt, er im Eigenthume desjenigen bliebe, welcher das Ganze ersessen hat, denn die betreffenden Gesetze bezögen sich blos auf den Fall, daß Einer gebaut, ein Zweiter ersessen habe, das verbaute Material aber Eigenthum eines Dritten gewesen sei; nur in diesem Falle sei dann eben jenes Material nicht ersessen, so daß der Eigenthümer des Materials vindiciren könne; dagegen verliere derjenige sein Eigenthum am Material, welcher früher zugleich Eigenthümer des ganzen Gebäudes war.[1] — Bei Accursius findet sich keine Spur hiervon; ja Gl. Redit ad leg. 2 C. de rei vind. 3, 32 gibt geradezu dem frühern Eigenthümer des Ganzen, nachdem dasselbe nach der vollendeten Ersitzung zerfallen ist, die rei vindicatio auf die materia dissoluta, und zwar nicht etwa mit Bezugnahme auf besondere aus den Regeln über das tignum junctum folgende Verhältnisse, sondern mit ausdrücklicher Berufung auf l. 23, §. 7 und l. 7, §. 11 cit., so daß offenbar auf den besondern Umstand, daß diesen Stellen ein Dritter Eigenthümer des Materials ist, gar kein Gewicht gelegt wird.

2) Wenn ein Gegenstand, an welchem die Ersitzung bereits begonnen hat, Theil einer zusammengesetzten Sache wird, so ist wieder zu unterscheiden:

a) Die zusammengesetzte Sache ist eine bewegliche. Hier macht es l. 30, §. 1 a. E. D. h. t. 41, 3 unmöglich, das sonst streng gehandhabte Princip durchzuführen. Mit vielem Zaudern (s. Gl. Possideri ad leg. cit.) entschließt Accursius sich, zuzugeben, daß beide Sachen (Gold und Perlen), usukapirt werden: aber doch nur, sofern nicht ein Theil so viel werthvoller sei als der andere, daß er ihm „cedire". Durch diesen beschränkenden Zusatz bekommt die Sache eine Gestalt, welche sie der Regel wieder

[1] Aehnlich, aber mit eigenthümlicher Modification, Windscheid, Pandekten, §. 175 a, Note 2.

viel näher bringt, Gold und Perlen erscheinen nun als im Falle der l. 30, §. 1 cit. nur äußerlich vereinigt, nicht als Bestandtheile eines eigentlichen Ganzen, des Ringes; denn erst wenn ein Theil dem andern sich unterordnet, kann man wol von so inniger Verbindung reden, daß der eine Theil als selbständige Sache von dem andern das Ganze repräsentirenden Theil völlig absorbirt werde; dann aber soll der absorbirte Theil als besondere Sache auch nicht be- oder ersessen werden können.[1] So ist l. 30, §. 1 auf einen Fall zurückgeführt, in welchem Besitz an den beiden Bestandtheilen allenfalls noch gesondert denkbar ist, d. h. nach dieser Auffassung wäre durch l. 30, §. 1 cit. die Regel kaum durchbrochen.

b) Die zusammengesetzte Sache ist eine unbewegliche, s. l. 30, §. 1 cit. mit Ausnahme des Endes. Hier hält die Glosse an ihrer Regel gerade so weit fest, als es bei dem Wortlaute möglich ist, d. h. im strengsten Anschlusse an die decem dies des Textes läßt sie bei der Verbindung die Usukapionsmöglichkeit aufhören bis auf den Fall, in welchem zur Vollendung der Ersitzung an der res apposita nur noch zehn Tage fehlten;[2] ebenso verfährt nicht nur Azo, Summa Cod. libr. 7, 26, §. 21, sondern auch Placentinus, Summa Cod. libr. 7, 26 ed. Schöffer, S. 311. Es fragt sich nun noch: soll diese Anomalie auch gelten, wenn die res apposita sich als tignum junctum qualificirt, oder bleibt das tignum junctum wieder eine Ausnahme von der Ausnahme? Oder, mehr in der Form der Glosse ausgedrückt: Redet l. 30, §. 1 D. cit. auch vom tignum junctum, resp. gerade von ihm? Accursius hat diese Frage, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch per consequentiam bejaht in Gl. Usucapturum ad leg. 30, §. 1 cit. Hier wird nämlich angenommen, wenn das Haus, zu

---

[1] So noch genauer und ausdrücklicher als die Glosse Placentini Summa Institutionum libr. 2, 1, ed. Schöffer (1537), S. 23 in med. pag.

[2] S. Schumacher, S. 19 und die dort angeführte Glosse; es ist Sch. dort begegnet, daß er den von Franciscus Accursii herrührenden Casus, d. h. eine spätere Zuthat, als Glosse citirt; doch deckt sich die von ihm beigebrachte Stelle inhaltlich völlig mit der eigentlichen Gl. Decem dies ad leg. 30, §. 1 cit.

welchem die tegulae und columnae zugefügt worden, schon im Eigenthume des Ersitzenden stände, so bedürfte derselbe für tegulae und columnae gar keiner weitern Ersitzung, da er dann Eigenthümer derselben durch Verbindung würde. Eigenthümer einer Sache durch Verbindung derselben mit einer andern mir gehörigen Sache werde ich aber nur, wenn diese Verbindung eine feste ist; die Glosse denkt demnach hier an eine feste Verbindung, d. h. an ein tignum junctum, die Ausnahme betreffs der zehn Tage bezieht sich also nach Accursius auch auf den Fall dieses letztern.

Besonders interessant ist nun die Art und Weise, wie Accursius diese Ausnahme von der sonst so streng durchgeführten Regel construirt hat. Es ist schon einmal [1] erwähnt, daß nach Gl. Sine possessione ad leg. 25 D. h. t. die Ersitzung in zwei Möglichkeiten ohne Besitz zu Ende geführt werden kann; die eine derselben beruht eben auf der hier zur Rede stehenden l. 30, §. 1 cit. Accursius läßt hier nämlich nicht etwa den Besitz an dem theilgewordenen Gegenstande noch 10 Tage fortdauern, damit die Usukapion beendet werde, sondern er läßt sie zu Ende kommen, ohne daß vom Momente der Verbindung ab besessen würde; damit ist die Regel aufrecht erhalten, daß Besitz an selbständigen Sachen verloren geht, wenn dieselben Theilsachen werden, zugleich aber die Regel durchbrochen, daß Besitz die ganze Dauer der Ersitzungszeit hindurch nöthig ist, mit andern Worten: die Anomalie ist von dem Gebiet des Besitzes auf dasjenige der Ersitzung verlegt. Da der Besitz nun aber etwas Thatsächliches, die Ersitzung etwas Rechtliches ist: so ist allerdings nicht zu verkennen, daß bei dieser eine auf positiver Rechtsnorm beruhende Anomalie sich wirklich leichter ertragen läßt, als bei jenem, so daß der Lehre der Glosse hier nur das Lob voller Consequenz zu spenden ist.[2]

Zum Schlusse ist noch zu bemerken, daß praktisch die Ansicht der Glosse über diese Fragen im ganzen mit derjenigen von Thi-

---

[1] S. oben S. 154.

[2] Die Glosse beruht hier auf Placentinus, welcher loc. cit. ausführt: Sed et tigna incoepta antequam inserantur aedificio, licet desinant possideri, nihilominus usucapio consumatur, d. h. wenn nur noch zehn oder weniger Tage zur Vollendung der usucapio fehlten.

baut übereinstimmt; s. Archiv f. civ. Prax. VII, 3, S. 79—86. Auch die Berufung darauf, daß die römischen Gesetze oft über die letzten Momente eines Zeitraums aus einer gewissen Billigkeitsrücksicht hinwegsehen, findet sich schon in der Gl. Decem dies cit., denn diese führt schließlich an l. 16 D. de fundo dotali 23, 5, wo es heißt: Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito.

## b. *Bona fides.*

### §. 11.

#### Allgemeines.

Wenn man es der modernen Ersitzungslehre zum Vorwurf gemacht hat, zu viel auf die bona fides und zu wenig auf den titulus zu sehen, ja letztern zum Diener der erstern herabgesetzt zu haben, so trifft dieser Vorwurf die Glosse gewiß nicht. Schon nach der ganzen Denkweise der Glossatoren lag ihnen eine rein juristische Lehre wie die vom titulus näher, als eine psychologische wie die von der bona fides. Daher ist es auch nicht tiefes Eindringen in die eigentlich zu Grunde liegenden seelischen Vorgänge, in das Wesen der redlichen Ueberzeugung, von dem wir hier zu sprechen haben, sondern mehr eine praktische Anschauung von der Sache. Ueberhaupt hat wol der Glosse ihre große Schmieg- und Fügsamkeit nirgends mehr genutzt als bei der Lehre von bona fides und titulus, die gewiß von der Höhe eines einzelnen strengen Princips behandelt zu werden nicht verträgt. Wir haben es bei ihr vielmehr mit einer Reihe fortwährender Compromisse zu thun, wie dies bei einer künstlichen und so leicht ins Gefährliche fallenden Institution, wie die Ersitzung eine ist, regelmäßig der Fall sein wird.

Sehen wir nunmehr zu, ob wir nicht trotzdem wenigstens in etwa zur Bestimmtheit darüber kommen können, was sich die Glossatoren als bona fides dachten.

1) Eine gewisse positive Ueberzeugung wird zunächst für die bona fides verlangt, wenigstens vollkommen anerkannt, daß der

Fall der l. 6, §. 1 D. pro emptore 41, 4 mit der incertitudo zusammenhängt, welche die bona fides in Frage stellt. — Gl. Ignoraverat ad leg. 4 pr. D. eod. tit. unterscheidet fein drei Fälle: ignorat quantum est alienum ratione loci et quotae; aut scit ratione loci; aut scit ratione quotae. Im erstern Falle ist keine Usukapion möglich, im zweiten und dritten tritt sie ein. Richtig erklärt wird l. 26 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2, wo tradirt wird unter der Wendung: Trado (vendo) tibi quicquid habeo juris in isto fundo [1] und nun wegen incertitudo des Empfängers nicht usukapirt werden soll. Hier, sagt die Glosse, versteht der Käufer quicquid dahin: sofern ich ein Recht habe, so sollst du es bekommen; während der Käufer diesen doppelsinnigen Ausdruck auch so verstehen kann: mein gesammtes Recht, so viel ich auch habe, tradire ich dir ohne jede Beschränkung. Dieser letztere Fall wird in den Digesten nicht behandelt; es ist aber klar, daß bei ihm der Käufer in Bezug auf die ganze Sache, ohne irgendwelche incertitudo, sich in bona fide befindet, also auch usukapirt; s. Gl. Mei juris ad leg. 26 cit. und Gl. Ignoraverat cit. — Eine Ausnahme von der Regel, daß der Usukapient wissen muß, an welchem oder am wievielsten Theile er Eigenthumsrechte zu haben glaubt, soll bei der Erbschaft vorliegen, wenn der Erbe antrete, ohne seine Quote zu kennen; denn eben, da er trotz mangelnder Kenntniß seine Quote antreten könne, so müsse er auch in der Lage sein, trotz derselben Unkenntniß zu besitzen und zu ersitzen, s. Gl. Mei juris cit.

Bemerken wir hier schon, daß Accursius ziemlich fest daran hält, daß die bona fides sich auf einen bestimmten Gegenstand bestimmt beziehen muß, so läßt sich nun weiterhin sagen, daß die Glosse geradezu den Glauben, vom Eigenthümer oder von dessen Beauftragtem erworben zu haben, forderte, wenn sie auch eine feste Regel hierüber nicht aufstellt.[2] Dies ergibt sich schon dar-

[1] Wegen der Bedeutung dieser Wendung vgl. noch Pillius, Quaestio XLII, in der Solutio.

[2] Dies thut Azo, Summa Cod. libr. 7, 25, §. 15: Quid est bona fides? id est, quod credat tradentem esse dominum vel habere jus distrahendi, et haec bona fides semper praesumitur ...; ebenso stellt

aus, daß zu l. 109 D. de V. S. 50, 16 gar keine Ausnahmen von der Glosse bemerkt werden, während sonst die Glossen zu diesem und dem folgenden Titel die Fälle häufen, in welchen „regula fallit". Ebenso wenig findet sich irgendeine einschränkende Notiz zu pr. J. h. t. 2, 6, zu l. 27 D. de contrahenda emptione 18, 1, sowie zu den verschiedenen hierhergehörigen Fragmenten im Tit. D. pro emptore 41, 4. Dagegen verlangt die Glosse nirgendwo den Glauben, selbst Eigenthümer geworden zu sein, sondern nur schlechthin den, kein Unrecht begangen zu haben, resp. zu begehen. Sehr schön drückt dieses aus Gl. Possederit ad leg. 5, §. 1 D. pro suo 41, 10, wo zur Ersitzung nur gefordert wird, daß man die Sache ex justa causa zu besitzen glaube, im offenbaren Gegensatze zu dem Erfordernisse des Glaubens an das eigene Eigenthum. Zu dieser Glosse nehme man noch hinzu Gl. Justas ad leg. 20, §. 6 D. de her. pet. 5, 3, welche von Azo herrührt und die Erklärung des Wortes justus in demselben Zusammenhange gibt: Justa, i. e. non injusta. Was soll diese Erklärung bedeuten? Faßt man sie streng wörtlich, so besagt sie gar nichts; gerade bei Azo ist das aber gewiß nicht anzunehmen, es bleibt also nichts übrig, als zu schließen, daß das „non justa" wol so viel heißen soll, wie „nicht ganz zu misbilligende" Ursache. D. h. denn: justa ist schon die Ursache, welche nicht auf Unrecht beruht, wenn sie auch gerade keine positiv richtige Ursache ist. Nun deckt sich also schließlich das in Gl. Possederit cit. Besagte, wenn wir hier auch justa causa in diesem Sinne nehmen, genau mit demjenigen, was wol heutzutage[1] als bona fides allgemein gefordert wird: dem Glauben, die Sache auf nicht unredliche Weise erworben zu haben.[2]

---

Rogerius, Tractatus de praescriptionibus, titulus de longi temporis praescriptione, i. m. A. S. 162, die bona fides auf den Glauben des Empfangenden an das jus alienandi des Gebenden.

[1] Nach der kräftig corrigenden Schrift von Stintzing über bona fides und titulus in der römischen Usukapionslehre (1852).

[2] Merkwürdig genau bestätigt dies die Erklärung, welche der Vocabularius juris gibt s. v. Bonae fidei emptor: Bonae fidei emptor dicitur, qui ignoravit rem alienam esse vel putavit venditorem habere jus tradendi . . . S. auch den Tractatus de praescriptionibus ex Cod. Gottwicensi ed. Gross, §. 8, S. 253.

Für diesen Glauben erschien der Glosse als wesentlich, wie wir oben sahen, derjenige, vom Eigenthümer oder dessen Bevollmächtigtem erworben zu haben, so daß dies das einzige positive Erforderniß ist, welches sie an die bona fides stellt; ihre Lehrmeinung fällt sonach merkwürdig genau mit derjenigen zusammen, welche Vangerow, Pandekten, 7. Aufl., §. 321, Anm. 1 unter Nr. 1 und 2 entwickelt.[1]

Jedermann wird zugeben, daß die ganze Behandlung dieser Frage und die Art und Weise, wie sie gelöst wird, das höchste Lob verdient, indem sie sich dem reinen Römischen Recht auffallend exact und fein anschließt.

2) Die Glosse verlangt für den der bona fides zu Grunde liegenden Irrthum eine causa probabilis; besonders fest hält sie hier an ihrer allgemeinen Ansicht, daß error juris nicht[2], error facti wol entschuldbar sei. Die Lehre der Glosse vom Irrthum überhaupt s. in Gl. Regula est ad leg. 9 pr. D. de juris et facti ignorantia 22, 6; das speciell Hierhergehörige gibt kurz Gl. Prodest ad leg. 31 pr. D. h. t. 41, 3; besonders schön aber ist Gl. Juris ignorantia ad leg. 7 D. tit. cit. 22, 6.[3] Nach dieser letztern wird es mit der Entschuldbarkeit des error gerade bei der Ersitzung sehr strenge genommen; und so finden wir denn, daß, wenn bezüglich des unter 1 Bemerkten die Glosse merkwürdig mit Vangerow loc. cit. Nr. 1 und 2 übereinstimmt, sich das hier Erörterte genau mit Nr. 3 ibid. deckt, so daß zur Ermöglichung eines kurzen Ueberblicks über das, was wir als Dogma

---

[1] Nicht ohne Absicht ist häufiger hervorgehoben, wie die Theorie der Glosse mit derjenigen Vangerow's sich berührt; es scheint mehr als ein Zufall zu sein, wenn zwischen dem bedeutendsten Interpreten des Römischen Rechts, welchen die Neuzeit kennt, und den großen Interpreten des 12. und 13. Jahrhunderts bisweilen eine weitgehende Uebereinstimmung herrscht, eine Uebereinstimmung, welche auf bloßes Glossenstudium Vangerow's zurückzuführen gewiß unzureichend wäre, da vielmehr anzunehmen ist, daß beide Theile zu ihren Resultaten unabhängig voneinander gekommen sind.

[2] S. auch Azo, loc. cit., §. 15: Juris ignorantia non prodest, ut videatur quis in bona fide.

[3] Diese letztere Glosse verdient, ganz nachgelesen zu werden; doch verbietet ihre Länge, sie hier zum Abdruck zu bringen.

der Glosse nach und nach festgestellt haben, geradezu auf Vangerow loco citato verwiesen werden kann.

3) Wir gelangen zu der wichtigen Frage: Ist der Rechtfertigungsgrund der bona fides der titulus? d. h. ist letzterer nur ein untergeordnetes Erforderniß zur Begründung der erstern oder sind beide völlig coordinirt? Letzteres ist sicher die Ansicht der Glosse, s. nur die kurze Gl. Possessionis ad leg. 3 D. h. t.; denn nirgendwo findet sich erwähnt, daß die bona fides einer weitern positiven Stütze bedürfe; stets werden beide Lehren, die von bona fides und die vom titulus, ganz getrennt behandelt, bei beiden finden wir eine Theorie vom Einflusse des Irrthums, bei beiden die besondere Anwendung derselben auf den Kauf, ohne daß diese Partien mehr miteinander verknüpft wären, als nach der Natur der Sache unvermeidlich. Gewiß wird meist nur derjenige in bona fide sein, welcher auch einen titulus aufweisen kann; und so sagt denn Gl. Quid apertius ad leg. 2, §. 2 D. pro emptore 41, 4: sed quomodo potest habere bonam fidem, qui ex ea causa non putat sibi tradi, eine Glosse, welche sogar zu verlangen scheint, daß man seinen Besitz eben auf denjenigen Titel hin für gerechtfertigt halte, auf welchen hin man wirklich usukapirt. Aber dies wird schon in der betreffenden Glosse selbst nicht streng durchgeführt und sonst findet sich gar nichts dem Entsprechendes. Mit Recht kann man daher wol annehmen, die Glosse habe in ihrer anschmiegenden Weise sich so verhalten, daß sie der im allgemeinen oft vorkommenden Zusammengehörigkeit von bona fides und titulus hier Rechnung trägt, sonst aber die Lehren von beiden ihrer innern juristischen Natur nach und auch in den Specialfällen meist getrennt behandelt.

Stellt Accursius bona fides und titulus als Erfordernisse nebeneinander, so war ihm die Anschauung ganz fremd, daß man ohne erstere blos auf Grund eines vollkommenen titulus ersitzen könne, vielmehr hätten sicherlich die Glossatoren einen solchen Satz wenigstens als allgemeinen nimmermehr zugegeben. Ob sie einen Mangel der bona fides in den einzelnen Gesetzesstellen annehmen, dafür s. sogleich die Besprechung derselben unter 4; hierher gehören die allgemein redenden und sich wider-

sprechenden l. 2, §. 2 D. pro emptore 41, 4 und l. 32, §. 1 D. h. t. 41, 3. Aber diese werden von Accursius, mit Ausnahme der vorerwähnten Bemerkung in Gl. Quid apertius ad leg. 2, §. 2 cit., gar nicht auf die bona fides, sondern blos auf den titulus bezogen, auch hier wieder in merkwürdiger Uebereinstimmung mit Vangerow, Pandekten I, §. 319 a. E.; wir werden daher auf sie bei der Lehre vom Titel zurückzukommen haben. Das ist jedenfalls klar, daß nach ihrer auf diese Weise stattgehabten Elimination, daß ferner bei der anderweitigen Erklärung, welche die Gesetze über Schenkungen zwischen Ehegatten, sowie schließlich l. 44, §. 4 D. h. t. finden (wie wir unter 4 sehen werden), den Glossatoren kaum eine Stelle mehr übrig bleibt, welche von Ersitzung auf Grund des bloßen titulus spräche; am nächsten daran streift noch l. 28 D. de nox. lib. act. 9, 4, s. unten S. 166 unter f.

Das ergänzende Correlat zu alledem bietet nun aber die Lehre vom Titel, welchem nach Ansicht der Glossatoren ein bedeutendes subjectives Moment innewohnt, und bei dessen Besprechung wir daher auf die sonst hier gemachten Unterscheidungen und Bemerkungen zurückkommen werden. Daß diese beim Titel besprochen werden, hängt mit der schon angedeuteten Vorliebe der Glossatoren für diesen im Gegensatze zur bona fides zusammen.

4) Absichtlich ist es bei der Entwickelung dieser ganzen Lehre bisher vermieden, auf einige besonders schwierige Stellen einzugehen; nachdem nunmehr ziemlich fester Boden gewonnen ist, können wir sehen, wie Accursius jene Stellen auffaßt.

a. Schenkt ein Ehegatte dem andern eine fremde Sache, so kann dieser usukapiren, l. 3 D. pro donato 41, 6 und l. 25 D. de don. in. vi. et ux. 24, 1. Den Grund zunächst dafür, daß dies nicht absolut verboten ist, sondern ein titulus pro donato angenommen wird, s. bei der Lehre vom Titel; hier handelt es sich um die bona fides des beschenkten Theils, und wegen dieser gerathen wir in folgendes Dilemma, welches Gl. Procedere ad leg. 3 cit. klar auseinandersetzt: Aut putavit (is, cui donatio facta est) donationem valere, et sic errat in jure et non usucapit; aut scit, et ita est malae fidei et non usu-

capit.[1] Natürlich ist letzterer Fall ganz auszuschließen, denn in ihm usukapirt der beschenkte Theil wirklich nicht; wie ist aber erklärlich, daß er im erstern Falle usukapirt? In der Glosse findet sich nicht die Idee (s. Windscheid, Pandekten, §. 176, Anm. 6) der annehmende Theil könne selbst dann bonae fidei sein, wenn er das Schenkungsverbot zwischen Ehegatten kenne und glaube, die Sache gehöre dem schenkenden Theil; andererseits nimmt Accursius aber auch nicht vom Requisit der bona fides Abstand wie Stintzing[2], welcher nach der Ursache des zu Grunde liegenden error bei vollständig vorhandenem Rechtsgrunde gar nicht gefragt haben will. Vielmehr sieht die Glosse hier ausnahmsweise den error juris als entschuldbar an, indem sie, sich mehr der Ansicht Savigny's[3] nähernd, den in dem Glauben, die Sache gehöre dem schenkenden Theile, liegenden factischen Irrthum dem betreffenden rechtlichen Irrthum gegenüber als prävalirend betrachtet und diesen eigenthümlichen Fall des error mixtus juris et facti dann deshalb, weil die Hauptsache der error facti sei, nach den Grundsätzen über diesen letztern behandelt. S. Gl. Procedere cit. und vgl. noch Azonis Brocardica Rubr. III de Ignorantia et Scientia, in m. A. S. 38.

b. Nachdem so die Möglichkeit der Usukapion bei Geschenken fremder Sachen zwischen Ehegatten erklärt ist, wird es der Glosse relativ leicht, sich mit l. 5 pr. D. pro derelicto 41, 7 abzufinden. Sie supponirt hier nämlich, die von der Frau dem Manne geschenkte und von diesem einem sciens, donatam esse weiter veräußerte Sache sei aliena, d. h. gehöre auch der Frau nicht. Dann weiß der Dritte, daß der Mann für sich usukapirt haben würde, kann also als Singular-Successor desselben sich eines redlichen Bewußtseins erfreuen. — Neben dieser Erklärung bietet die Glosse übrigens noch eine solche, bei welcher die Worte des Gesetzes:

---

[1] Scit: nämlich rem alienam esse; Placentinus, Summa Cod. libr. 7, 35, ed. Schöffer, S. 329, Z. 13 v. u. stellt bei diesem letztern Falle den annehmenden Theil geradezu dem raptor gleich, welch letzterer est pessimae fidei possessor.

[2] S. S. 84 des vorher citirten Werkes von Stintzing.

[3] Vgl. Savigny, System, III, 471, Anm. a und IV, 114 fg.

quasi volente et consentiente domina mehr zur Geltung kommen; diese Interpretation nimmt nämlich an, eigentlich habe der Käufer nicht vom Manne, sondern von der Frau gekauft, wozu dann allerdings deren praesentia bei Abschluß des Kaufgeschäfts hinzuinterpretirt wird. Beide Ansichten scheinen nicht viel zu taugen; die erstere hat aber auch noch das gegen sich, daß die l. 5 cit. die Frau doch ausdrücklich domina nennt. So weit die Glosse der ersten Meinung folgt, hilft sie sich, indem sie sagt domina: putativa; da aber die zweite Interpretation von Accursius an letzter Stelle und breiter gegeben wird, so wird sie wol als die eigentlich approbirte zu betrachten sein. Im ganzen beweist die Behandlung dieses Falles, wie auch wol theilweise diejenige des Falles a, daß die Glosse, wie schon zu Anfang bemerkt, in die psychologische Feinheit der Frage schließlich nicht eingedrungen ist.

c. L. 7, §. 6 D. pro empto 41, 4 macht keine Schwierigkeit, da die Glosse den procurator richtig als beim Verkaufe die Grenze seines Mandats überschreitend und daher nicht eigenthumübertragend auffaßt, wobei die Berufung auf l. 60, §. 4 D. mandati 17, 1 recht passend erscheint. — S. Gl. Tantum ad leg. 7, §. 6 cit.

d. L. 6 C. de praescript. 7, 33 erklärt sich für die Glosse gleichfalls leicht, da nach ihrer allgemeinen Theorie negotia bonae fidei, welche die eine Partei blos durch den dolus der andern bestimmt eingegangen hat, nichtig sind. S. deshalb Gl. Rescindi ad leg. 5 C de rescindenda vend. 4, 44 und über unsere Stelle selbst Gl. Si fraude et dolo ad leg. 6 C. cit.

e. L. 13, §. 2 D. h. t. wird klar auf denjenigen Fall bezogen, in welchem mein Mandatar Eigenthum im eigenen Namen erwerben will, um es dann nur weiter zu übertragen, also keine Unredlichkeit begeht. S. die sämmtlichen Glossen ad hanc leg. und besonders Gl. Non pro tuo: quoad exitum et effectum, vere tamen pro tuo possides.

f. Direct der Ansicht der Glosse, zur bona fides gehöre der Glaube, vom Eigenthümer erworben zu haben, steht gegenüber l. 28 D. de noxalib. act. 9, 4. Accursius nimmt daher hier eine

Ausnahme an, und zwar um so ruhiger, als ihm dieselbe wohl begründet erscheint: es tritt hier der Wille des Prätors an die Stelle des Willens des Eigenthümers. S. Gl. Usu quoque me capturum ad hanc leg., bei welcher zu scientem zu ergänzen ist: rem alienam esse. Diese Glosse beruft sich auf l. 6 D. de Publiciana i. r. act. 6, 2, welche allerdings geeignet ist, l. 28 cit. zu bestätigen, zu beleuchten und zu begründen. — Am schlimmsten steht es hier um das Erforderniß der bona fides, welche höchstens in dem auf den Prätor gesetzten Zutrauen gefunden werden könnte; doch scheint die Glosse eher dazu zu neigen, von bona fides ganz abzusehen, indem sie kurz sagt: habet enim titulum et ideo usucapit.

g. Bei l. 44, §. 4 D. h. t. wird bona fides angenommen, weil der Sohn sich im Ersitzungsbesitze für den Vater zu befinden glaube und daher vollkommen redlicher Absicht sei. Die Schwierigkeit wird dadurch allerdings nur verschoben, nämlich auf das Gebiet des Besitzes, woran die Glosse aber weniger Anstoß nimmt, s. oben S. 153 und Gl. Cur non capit usu ad leg. 44 cit. Uebrigens werden dort noch eine Reihe anderer Erklärungen geboten, so die, daß nur ein error facti vorliege, s. auch noch Gl. Per errorem ad leg. 44 cit. Die hier zu Anfang entwickelte Ansicht ist jedoch die von Accursius in Gl. Cur. non capit usu cit. an letzter Stelle erörterte.

## §. 12.

### Einzelne Fragen.

1) Der gute Glaube braucht nach Römischem Rechte nur zu Anfang vorhanden zu sein. Von dieser Regel weicht Accursius trotz der entgegenstehenden Bestimmung des Kanonischen Rechts nicht ab. Erwähnt wird letztere freilich einmal in Gl. Ab initio ad leg. unic. §. 3 C. de usucapione transformanda 7, 31, wo es heißt: Sed jure canonico debet esse continua bona fides, ut X de praescriptionibus cap. quoniam (cap. 20 X 2, 26); aber weitere Folgen daraus zu ziehen, die mala fides superveniens eingehend zu behandeln, daran denkt die Glosse nicht

einmal. Sie nimmt kurz Notiz von der neuen kanonischen Regel und fährt dann ruhig in alter, rein römisch-rechtlicher Weise zu denken fort.

2) Außer beim initium possessionis muß, wenn die Besitzergreifung auf Grund eines Kaufes erfolgt, auch schon zur Zeit des Abschlusses dieses letztern bona fides vorhanden sein. Dies wird bei allen hierhergehörigen Fragmenten ausdrücklichst anerkannt, s. nur Gl. Traditionis initium ad leg. 10 pr. D. h. t. 41, 3, zu welcher Gl. Spectandum ad eand. leg. zufügt: requiritur, quod quis habeat bonam fidem tempore emptionis et traditionis. Gründe für diese römische Vorschrift werden vielfach gesucht; gar nicht so verwerflich scheint der schließlich approbirte zu sein, daß hier zum Schutze des Verkehrs eine besondere Redlichkeit gefordert werde, quia frequentius fit hic contractus, wie auch beim Darlehn dem Schuldner der besondere Schutz der exceptio non numeratae pecuniae gewährt werde, während confitenti ex alia causa kein derartiges Hülfsmittel zur Seite stehe.

3) Wie verhält es sich mit der für die Usukapion nöthigen bona fides, wenn der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird? Die Antwort wird ganz klar und richtig, zugleich auch vollkommen übersichtlich vorgetragen in der sonst gleichfalls lesenswerthen Gl. Intervenerit ad leg. 1 C. de acqu. et ret. poss. 7, 32; citirt werden soll nur der hierhergehörige Anfang: . . Sed cur usucapio non sic ignoranti, sicut possessio, acquiritur? Responde quod in usucapione inter caetera bona fides exigitur, ut . .; ignorans antem nec bonam, nec malam fidem potest habere; at in possessione non refert, juste quis vel injuste possideat. Sed in casu etiam ignorans usucapit, scilicet per servum in re peculiari. Dieses letztere wird in der, sonst blos zustimmenden, Gl. Receptum est ad leg. 47 (2) D. h. t. (pro soluto) 41, 3 (4) auch auf den filius ausgedehnt. Ueberhaupt soll, weil diese Regel causa publicae utilitatis[1] eingeführt

[1] Wenn spätere Ausgaben lesen: Sed in peculiaribus causis publicae utilitatis est secus, so ist dies ganz unverständlich; es muß vielmehr offen-

ist, das Wort peculium möglichst weit aufgefaßt werden. Dem entsprechen l. 1, §. 5 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2 und l. 8, pr. D. h. t., während die in l. 8, §. 1 D. h. t. liegende Schwierigkeit von Gl. Usucapere posse ad leg. 8, §. 1 cit. anstandslos beseitigt wird. Sehr schön, klar und fein ist glossirt l. 44, §. 1 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2, wo wir wieder finden, daß peculium hier largissime zu nehmen sei, wo aber auch sonst diese Lehre im Gegensatze zum bloßen Besitzerwerbe durch Sklaven und Haussöhne dargelegt ist; vgl. die sämmtlichen Glossen zu diesen Fragmenten. Dieselbe Lehre trägt vor Azo, Summa Cod., libr. 7, 26, §. 4.

Nur in Einem Falle kommt es auch beim Erwerbe durch Sklaven oder Söhne ex peculiari causa auf die Redlichkeit des Vaters an: wenn er nämlich im Moment des Besitzerwerbs Kenntniß von demselben hat, so muß er auch in diesem Momente im guten Glauben sein. Daß sonst sein (späterer) schlechter Glaube nicht schadet, hängt lediglich mit der Regel von der allgemeinen Unschädlichkeit der mala fides superveniens zusammen. Es müßte daher, nachdem dieselbe vom kanonischen Rechte für stets schädlich erklärt worden ist, auch hier die Folge gezogen werden, daß die wann auch immer eintretende mala fides des Herrn oder Vaters die Usukapion hindere. Nichtsdestoweniger verharrt die Glosse, ihrem oben unter 1 geschilderten Standpunkte getreu, einfach bei den römischen Anschauungen. Scheint dies auch aus Gl. Sciam ad leg. 2, §. 13 D. pro emptore 41, 4 noch nicht so ganz klar hervorzugehen, so beweist doch Gl. Scientiam ad leg. 43, § 1 D. h. t. deutlich, daß Accursius die ganze römische Construction des Falles erkannt und die Folgen sehr scharf gezogen hat; völlig passend ist auch die Berufung auf l. 5 D. de jur. et fact ign. 22, 6. — Gl. Scientiam cit. faßt diesen Fall der res peculiares zusammen in der Regel: Non usucapitur, si tempore contractus scivit unus vel alter; und ganz unbehindert vom kanonischen Recht fährt sie fort: superveniens enim scientia patris non nocet.

---

bar, im Anschlusse an l. 1 C. 7, 32 heißen causa mit davon abhängigem nachfolgendem Genitiv; und so verhält es sich denn auch in alten Drucken.

4) Nach demjenigen, was über die durchaus negative Begriffsbestimmung der bona fides im vorigen Paragraphen gesagt worden ist, scheint es ziemlich von selbst sich zu verstehen, daß die Glosse keinen Beweis der bona fides fordern kann. Von einem solchen ist denn auch niemals die Rede, vielmehr begegnet man häufig dem Satze: Praesumitur quis bonus, nisi probetur malus, s. Gl. Non licebit ad leg. 30 pr. C. de inofficioso testamento 3, 28 und Gl. Officio ad leg. 20 D. de manum. test. 40, 4, wo noch mehrere gleiche Stellen angeführt werden; vgl. auch Gl. Bona fide ad cap. 2, X 2, 26: et quilibet praesumitur habere bonam fidem, sowie schließlich das ziemlich gleichlautende Ende des Citats aus Azo (Summa Cod., libr. 7, 25, §. 15 z. E.) oben S. 160, Anm. 2.

## c. Titel.

### §. 13.

#### Im allgemeinen.

„Der Titel ist derjenige dem Besitze des Ersitzenden zu Grunde liegende Thatbestand, von welchem mit Recht angenommen werden kann, daß er dem Besitzer ein Recht auf die Sache gibt“[1] — so etwa würde Accursius definirt haben, wenn es seine Art wäre, Definitionen aufzustellen. Hauptsächliche Glossen: Gl. Nec sufficit ad leg. 1 pr. D. pro donato 41, 6; Gl. Esse ad leg. 6 D. pro derelicto 41, 7; Gl. Error ad §. 11 J. h. t. 2, 6; sowie besonders Gl. Existimarent ad leg. 27 D. h. t.; wozu die übrigen in der Lehre von der Ersitzung bisher citirten Stellen fast durchweg hinzuzunehmen sind.

[1] Daher denn auch titulus = causa possessionis, und schließlich = initium possessionis: eine immer mehr sich verflachende und veräußerlichende Auffassung; vgl. deshalb noch den Tractatus de praescriptionibus, ex Cod. Gottw. ed. Gross, §. 7, S. 253, und den Vocabularius juris s. v. Titulus; s. aber gleichfalls schon in der vorbononiensischen Literatur, Libellus de verbis legalibus, de emptoribus, in principio (Fitting, Juristische Schriften, S. 182).

1) In der gegebenen Definition liegt zunächst ein objectives Moment; der Titel ist ein Thatbestand. Der normale Fall ist nun der, daß der Thatbestand an und für sich ein rechtlich relevanter ist, d. h. daß ein wirkliches Rechtsgeschäft oder eine wirkliche Dereliction zu Grunde liegen. In diesem Falle trifft das Erforderniß, daß man annehmen könne, durch den betreffenden Thatbestand ein Recht an der Sache erhalten zu haben, mit der bona fides zusammen; denn wenn das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gültig, der Kauf wirklich geschlossen, die Erbschaft angefallen, die Sache derelinquirt ist: so kann nur der zweifeln, Eigenthümer geworden zu sein, der da weiß, daß die Sache nicht dem Verkäufer, dem Erblasser, dem Derelinquenten gehörte, d. h. der in mala fide Befindliche. Mit andern Worten: Ist der zu Grunde liegende Thatbestand rechtlich vollkommen, so hat der Titel blos eine objective Seite, seine subjective Seite ist von der bona fides erschöpft. Von dieser blos objectiven Seite aus gehört zum Titel, daß von dem vermeintlichen Eigenthümer alles geschehen ist, was ein Eigenthümer thun muß, um Eigenthum zu übertragen; liegt also speciell ein Eigenthumsübertragungsvertrag zu Grunde, so muß nicht nur der Ersitzende, wie bei jeder Ersitzung, den Besitz haben, sondern er muß diesen von seinem Paciscenten tradirt bekommen haben. Dagegen ist bei Ersitzung auf Grund der tituli pro legato, pro herede eine Tradition nicht nöthig.[1]

2) Fehlt in dem objectiven Thatbestand ein Punkt, dessen Mangel bei demselben Thatbestand auch für den Fall, daß der Autor des Erwerbenden Eigenthum übertragen könnte, einen Eigenthumsübergang schon durch sein Vorhandensein verhindern würde: so kann doch ein zur Usukapion genügender Titel vorliegen, sei es nun, daß der Autor wirklich Eigenthümer ist und blos infolge

[1] Merkwürdig ist die Lehre des Azo über diesen Punkt. Er verlangt ganz allgemein als Requisit der Ersitzung, und zwar als viertes neben Besitz, bona fides und titulus, die Tradition; denn keine usucapio ohne possessio, keine possessio ohne traditio. Ob er dabei an Fälle, wie diejenigen des Besitzes pro legato und pro herede blos augenblicklich nicht gedacht hat, muß dahingestellt bleiben. S. Azo, Summa Cod., libr. 7, 26, §. 20.



jenes Mangels nicht sofort Eigenthum übergeht, sei es, daß beide Mängel, der im Eigenthumsübertragungsvorgange und der im Rechte des Autors, zusammentreffen.[1] Ein solcher Thatbestand genügt dann als Titel, wenn trotz seiner Mängel die Annahme eines Eigenthumsübergangs mit Recht möglich ist; man spricht bei ihm in moderner Ausdrucksweise von titulus putativus, eine Redeweise, welche die Glosse nicht kennt. Hier liegt das subjective Element des Titels und dieses coincidirt hier, nach der Lehre der Glosse, nicht mit der bona fides. Das ist eben das Charakteristische für die Anschauung der Glosse von der Ersitzung, daß sie dieses bona-fides-Element nicht aus dem titulus herausgeschält, sondern vollkommen bei demselben belassen hat. Während die bona fides als etwas rein Negatives erscheint, als eine Ueberzeugung, redlich zu handeln, deren Gründe jeder juristischen Behandlung spotten, die vorliegen kann, ohne daß man genauer sagen könnte wie, und die blos der Einen Bestimmung unterliegt, daß ihr Grund nicht ein Rechtsirrthum sein darf; so faßt der titulus alles Positive zusammen. Relativ ist selbst die subjective Seite des Titels ein objectives Ding gegenüber der bona fides; denn während es bei der letztern nur auf den Sinn des gerade Usukapirenden ankommt, muß der titulus ein Thatbestand sein, welcher auf den ersten Blick jedem als genügend erscheint; d. h. es müssen solche Thatsachen vorliegen, mit welchen man den Glauben von dem Rechte an die Sache nach außen als gerechtfertigt hinstellen kann.

Begreiflich ist es, daß von diesem ihrem Standpunkte aus die Glosse recht weitherzig sein und in bedeutendem Umfange die Möglichkeit eines titulus putativus anerkennen kann. Wir stehen wieder mitten in der Lehre vom error, denn selbstverständlich ist ja der Grund, um dessentwillen der unvollständige Titel vollständig erscheint, ein Irrthum. Ueberall also, wo ein error justus über irgendeins der Thatbestandsmerkmale eines eigentlichen

---

[1] S. darüber, daß letzterer Fall der Glosse sehr klar war, aber richtig von ihr nicht als besonderer behandelt wurde, Gl. Sit in re ad leg. 2, §. 15 D. pro emptore 41, 4.

Eigenthumserwerbs vorliegt, kann dieses Merkmal durch den justus error ersetzt werden. Justus ist nie der error juris, je nach den Umständen dagegen bisweilen der error facti. Alle Titel lassen demnach einen Putativtitel zu, nur daß beim titulus pro empto besondere Bedingungen hinzutreten, von welchen im nächsten Paragraphen unter Nr. 1 gehandelt werden wird.

Man kann sich wohl denken, daß sich diese Lehre nicht so ohne Kampf in der Glossatorenschule gebildet hat; es gibt in ihr mehrere ganz verschiedene Ansichten. Die entgegenstehendsten Meinungen waren die von Irnerius und Placentinus. Ersterer erkannte den Putativtitel als den andern Titeln allen völlig gleichwerthig an; da nun aber doch über gewisse Quellenstellen, welche wirklich vollständigen Titel verlangen, nicht hinwegzukommen war, so nahm er bei den Titeln, von welchen speciell diese Quellenstellen reden, ausnahmsweise an, daß hier der titulus putativus nicht ausreiche. Placentinus[1] dagegen betrachtet den titulus putativus als überhaupt nie ausreichend, und hält an diesem seinem Standpunkt mit eiserner Consequenz fest. Von Placentinus' Grundanschauung — welche dann ja wol auch als die wirklich römische gelten darf — daß der Putativtitel durchaus ungenügend zur Usukapion, gehen seitdem alle Glossatoren aus; aber doch mit sehr verschiedenen Modificationen. Azo[2] ist ziemlich streng; er läßt nur dann den Putativtitel zu, wenn derselbe von den Quellen ganz bestimmt für den einzelnen concreten Fall und Titel als hinreichende Grundlage der Usukapion bezeichnet ist, womit er freilich schon etwas freier vorgeht als Placentinus. Viel mildere Folgerungen aus denselben Prämissen scheint aber Johannes Bassianus[3] gezogen zu haben; auf die Theorie dieses letztern ist dann Accursius[4] zurückgekommen. Nach ihm läßt, wie schon bemerkt,

---

[1] Summa Cod., libr. 7, 26 ed. Schöffer, pag. 325 in med.

[2] Summa Cod. ad tit. C. 7, 26, §. 17 u. 18. Vgl. außerdem wegen der Stellung der verschiedenen im Text genannten Glossatoren die citirten Glossen.

[3] Näheres über die Theorie desselben berichtet Pillius, Quaestio LVIII, in dem Abschnitt Ex adverso zu Ende; Pillius selbst scheint sich ihm anzuschließen.

[4] Eine gewisse Selbständigkeit hat Accursius doch auch hier gezeigt, in-

das Princip von der Nutzlosigkeit des Putativtitels, von welchem allerdings auch er ausgeht, Ausnahmen zu im Falle eines jeden justus error, und erscheint daher eigentlich gar nicht mehr als leitendes. Die Construction der Sache wird Accursius auf diese Weise recht bequem; über die Stellen, welche besagen, ohne wirklich zu Grunde liegende Erbschaft u. s. w. könne es keine Ersitzung pro herede etc. geben, kommt er eben dadurch hinweg, daß er dem Princip nach vollständigen Titel verlangt und demnach erklärt, diese Stellen sprächen principiell von dem gewöhnlichen Falle, ohne Rücksicht auf die Annahme eines justus error; nachdem er so die durchgreifende Bedeutung dieser Stellen entfernt hat, gewinnt er Platz, um das Gebäude aufzuführen, welches im Vorhergehenden darzustellen versucht worden ist.

Auf den Fall eines Putativtitels bezieht Accursius denn auch, wie schon erwähnt, l. 2 §. 2 D. pro empto 41, 4 (S. §. 11 unter Nr. 3). Ueber die Möglichkeit der bona fides setzt er sich ziemlich kurz, wennschon nicht ohne Anklänge an moderne Zweifel, hinweg; die irrige Meinung, daß die Bedingung nicht eingetreten sei, während sie de facto eingetreten ist, gilt als error facti und greift deshalb den Titel[1] nicht an; während die l. 32 §. 1 D. h. t. 41, 3 von einem error juris handelt, der dann allerdings Titel und Usukapion unmöglich macht. Dies ist wenigstens die Art, wie Martinus die beiden Gesetzesstellen vereinigt hat und die dann von der Glosse approbirt ist; „quidam" scheinen geradezu die Meinung des Sabinus in l. 2 §. 2 cit. als zu verwerfende angesehen zu haben, s. Gl. Quasi nondum putat ad leg. 2 §. 2 cit. und im allgemeinen Gl. Erranti ad leg. 32 §. 1 cit. Interessant ist es hier, wo wieder die subjective Seite und mit ihr die extreme Billigkeit, Zulassung eines jeden error justus, auftritt, auf den Namen des Martinus zu stoßen; die

---

dem er von der dazwischenliegenden, entschieden anders gestalteten Azonischen Lehre abgewichen ist; ob mit Recht, ist freilich eine andere Frage.

[1] Eigentlich ist ja hier nunmehr ein vollständiger Titel vorhanden; man sieht die bedenklichen Folgen des in der Lehre vom Titel stark betonten subjectiven Momentes.

Vermuthung liegt nahe, daß die ganze betreffende Theorie der Glosse wenigstens im Anschlusse an seine Lehren unter Vermittelung des Johannes Bassianus entstanden sei, wenngleich dies mit den sonst wol vorkommenden Gruppirungen der Glossatoren nicht ganz übereinstimmt.

In den praktischen Resultaten ist die hier dargelegte Ansicht der Glosse vom titulus im ganzen wol eine recht tüchtige und glückliche; die Schmiegsamkeit der Lehre vom error, welche nunmehr sowol derjenigen von der bona fides als derjenigen vom titulus zu Grunde liegt, bewirkt, daß die Glosse zu den einzelnen Stellen sich völlig frei bewegen kann, wie wir bei einer ganzen Reihe von Pandektenfragmenten zu sehen Gelegenheit hatten. Theoretisch ist zweifelsohne viel Schiefes vorhanden; aber ob alles verwerflich, ist doch sehr zweifelhaft; die Lehre von der bona fides ist gewiß durchweg richtig; und ob nicht wirklich auch im titulus das subjective Moment wenigstens in etwa steckt, dürfte sich doch möglicherweise überlegen lassen. Vielleicht aber kann man auch diese ganze Lehrmeinung als schlagenden Beweis dafür ansehen, daß überhaupt eine scharfe Trennung zwischen den Gebieten von bona fides und titulus nicht möglich ist; beide sind so enge miteinander verbunden, daß ihre Trennung sich stets schwer rächen wird; sei es nun, wie bei den Modernen, besonders seit Savigny, daß die bona fides den titulus überwältigt und sich denselben dienstbar macht; sei es, wie bei der Glosse, daß Elemente der bona fides mit in den titulus hineingezogen werden.

## §. 14.

### Einige besondere Titel.

Wir wenden uns jetzt zur Besprechung derjenigen einzelnen Titel, welche noch Schwierigkeiten bieten.

1) Titulus pro empto. Im Zusammenhange damit, daß hier ein besonders hoher Grad der bona fides nöthig, muß auch der den Titel bildende Thatbestand besonders vollständig sein.

Da bona fides im Momente des Kaufes gefordert wird, so muß auch wirklich ein Kauf stattgefunden haben. Daraus folgt: In emptionibus (genügt zur Gültigkeit des unvollständigen Titels nicht schon, wie sonst, justa causa erroris, sondern) justissima causa est necessaria: cum et duobus temporibus ibi bona fides exigatur (s. Gl. Existimarent ad leg. 27 D. h. t. 41, 3; Gl. Si existimans, Gl. Potes und Gl. Solvitur ad leg. 48 D. eod.; Gl. Emptor habet ad leg. 11 D. h. t. 41, 4; Gl. Non emerit ad leg. 3 D. pro legato 41, 8; und Gl. Non potest ad leg. 2 §. 6 D. h. t. 41, 4). Justissima causa nennt aber die Glosse vor allem den error causam trahens ex facto tertii, und so schließt sich diese Lehre enge an l. 11 D. h. t. 41, 4 und hauptsächlich den zweiten Theil dieser Stelle an.[1]

Einige für sich zu erörternde Stellen, welche sich mit der Ersitzung auf Grund des titulus pro empto befassen, sind folgende:

a. L. 2 §. 16 D. pro emptore 41, 4 gibt demjenigen, welcher von einem furiosus kauft, wol die Ersitzungsmöglichkeit, nicht aber die Publiciana; gerade entgegengesetzt gibt ihm l. 7 §. 2 D. de Publiciana in rem actione 6, 2 auch die letztere. Schon Vangerow, Pandekten, §. 335, Anm. II, 1 c, S. 667 und 668 räumt ein, daß hier die Vereinigung der Stellen, wie sie die Glosse bietet, am meisten für sich hat. Es soll nämlich (s. Gl. Ergo ad leg. 7 §. 2 D. cit.) in. l. 2 §. 16 die Publiciana nicht ganz in Abrede gestellt, sondern nur von der gegen den Auctor angestellten Publiciana gehandelt und von dieser gesagt werden, daß sie wegen der Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Kaufgeschäftes und des daher für den Käufer entstehenden Mangels einer replicatio rei venditae et traditae gegen die exceptio dominii des Verkäufers nicht zum Ziele führe.

b. Zu l. 2 §. 8 D. h. t. 41, 4[2] citirt die Glosse in er-

[1] Eine ganz andere, höchst seltsame, wenig juristische Anschauung, welche schon deshalb merkwürdig ist, weil sie sich auf einen Ausspruch des Terentius stützt, hat Vacarius (s. Wenck, Mag. Vac., S. 198, Nr. 37).

[2] Bekanntlich liest hier die Vulgata Bononiensis actione statt auctione; es ist daher begreiflich, daß die Glosse sich nicht recht zu helfen wußte,

läuternder Weise l. 5 C. de contrah. empt. et vend. 4, 38[1]; doch denkt Accursius bei beiden Stellen hinzu, daß ein contutor seine Autorität interponirt habe, um das Zustandekommen eines Geschäftes überhaupt möglich zu machen — was etwas für sich hat. Uebrigens legt Gl. Prohibetur ad leg. C. cit. auch den gehörigen Nachdruck auf das Oeffentliche — palam — des Verkaufs, da dieses allein die nöthige Gewähr gegen Unredlichkeit des Vormundes bietet; was um so anerkennenswerther, als bei l. 2 §. 8 infolge ihrer Lesart (s. die Anmerkung) die Glosse Anlaß zu einer derartigen Betrachtung im Gesetzestexte nicht fand.

2) Titulus pro herede. Es sollen gleich die zwei bekannten Fälle der Ersitzung auf diesen Titel hin geschieden werden:

a. Der wirkliche heres usukapirt eine Sache, von welcher er fälschlich meint, sie gehöre zur Erbschaft. Dann war entweder der Erblasser schon im Usukapionsbesitze und es herrscht darüber kein Zweifel, daß der Erbe weiter usukapirt, sei es nun aus dem frühern Titel, sei es aus dem pro herede, sei es aus beiden; denn es kann ja Usukapion aus mehrern Titeln gleichzeitig stattfinden. Oder aber der Erblasser war nicht im Usukapionsbesitze, weil es ihm an den Erfordernissen desselben fehlte; dann mangelte ihm entweder bona fides oder titulus oder beides. Entbehrte er erstere, so kann der Erbe trotz eigener bona fides nicht ersitzen, auch wenn er pro suo ersitzen und a se initium capere will; denn succedit in vitium defuncti. Natürlich kann er ebenso wenig ersitzen, wenn dem Erblasser außer der bona fides auch noch der titulus fehlte. Mangelte dem defunctus aber blos der letztere, so kann der Erbe pro herede zu ersitzen beginnen, sofern er selbst in bona fide ist. Denn nun ist keine

---

sie erklärt actione i. e. actu alias administratione. In spätern Drucken findet sich die Correctur auctione; das Wort ist dann auch am Rande als Kopf der Glosse „auctione" gedruckt, und daher gewinnt es den Anschein, als hätte Accursius nicht einmal gewußt, was eine auctio ist.

[1] Während Gothofredus ad has leges bei keiner von beiden Stellen auf die andere verweist.

entgegenstehende mala fides des Erblassers, welche sich auf den Erben fortsetzen könnte, vorhanden, und einen Titel bekommt der Erbe eben in dem titulus pro herede, durch den Erbschaftsfall. Die hiermit gegebene Möglichkeit einer wirklichen usucapio pro herede des wirklichen Erben scheint recht beachtenswerth; denn nirgendwo heißt es in den Quellen, schon der Umstand, daß der Erblasser nicht im Usukapionsbesitze gewesen sei, hindere den Erben an der Ersitzung, sondern stets ist nur von der Fortwirkung der mala fides defuncti auf den Erben die Rede. Fällt diese mala fides also hinweg, so ist nicht einzusehen, warum die Ersitzung auf Grund des nunmehr dem Erben zustehenden Titels nicht beginnen sollte. — Hauptstelle: Gl. Suis heredibus ad leg. 2 C. de usucap. pro herede 7, 29; ferner Gl. Plerique ad leg. 3 D. h. t. 41, 5. — Eine durchgehende Ausnahme von dem hier Entwickelten wird gemacht für den suus heres; dieser soll überhaupt nicht pro herede usukapiren können: eine Ansicht, welche aus einer falschen Auffassung von l. 2 C. cit. hervorgegangen ist. Da dieses Gesetz von der alten lucrativa usucapio pro herede handelt, so konnten es die Glossatoren selbstverständlich nicht verstehen; und daher dann dieser Irrthum. Doch verschlägt derselbe praktisch nicht viel; denn nur pro herede soll der suus nicht usukapiren können, usukapiren kann er, und zwar stets weiter auf den Titel des Erblassers hin, wenn dieser selbst ersaß; denn, daß der suus nicht pro herede ersitzen kann, soll in seiner völligen Identität mit dem Erblasser seinen Grund haben, infolge deren die hereditas gar keinen besondern Titel für ihn bildet, eigentlich sogar, wenn er weiter ersitzt, in seiner Person kaum eine accessio possessionis stattfindet, sondern nur die alte Ersitzung, wenn eine vorhanden war, fortläuft; befand sich aber der Erblasser nicht in causa usucapiendi, dann kann der suus heres gar nicht ersitzen. Es ergibt sich also ein einziger Unterschied: der suus heres kann überhaupt nicht ersitzen, wenn sein Vater (Erblasser) nicht schon im Ersitzungsbesitze war, denn bei ihm kommt gar nichts Neues, nicht einmal ein neuer titulus, hinzu; der heres extraneus dagegen kann eine neue Ersitzung beginnen, wenn sein Erblasser zwar in bona fide gewesen war, aber

keinen Titel gehabt hatte; denn er hat nunmehr den Titel pro herede.[1]

Es läßt sich nicht verkennen, daß, nachdem man sich einmal genöthigt glaubte, etwas Besonderes für den suus heres zu statuiren, sich wol kaum etwas Besseres und enger an den römischen Begriff des suus Anschließendes construiren ließ. Dieser Begriff scheint überhaupt bei den Glossatoren ein sehr klarer gewesen zu sein, mit besonderer Rücksicht darauf, daß der suus schon zu Lebzeiten des Vaters quasi dominus des väterlichen Vermögens genannt wird. Dies führt nun hier weiter sehr consequent zu der Frage, an filius emancipatus hodie pro herede usucapere possit — eine Frage, welche im Codex Chisanus, ohne besonderes Paragraphenzeichen, unter dieser Ueberschrift behandelt wird (s. Hänel, Diss. dom., S. 216); der betreffende Abschnitt ist recht klar geschrieben und besonders deshalb interessant, weil sich aus ihm ergibt, eine wie richtige Ansicht die Glossatoren von der Bedeutung der Aufhebung desjenigen Unterschiedes in der Erbenqualität, welcher früher zwischen emancipirten und in der Gewalt gebliebenen Kindern existirte, hatten.

Dies ist die von Accursius in unserer Frage approbirte und zur Geltung gebrachte Ansicht; es scheint aber die Sache unter den Glossatoren eine viel bestrittene gewesen zu sein, s. Hänel, Diss. dom. Vetus Collatio §. 19 [S. 14]; Rogerius §. 67 [S. 109]; Hugolinus §. 314 und 316 [S. 466 fg., 468 fg.];

---

[1] Höchst interessant ist, was über diesen Gegenstand bietet der Tractatus de praescriptionibus ed. Gross, §. 13, S. 255. Die Darstellung dort zeigt nämlich deutlich, wie weit die civilistische Bildung des kanonistischen Verfassers dieses Werkes reicht. Im allgemeinen hat er aus der ihm offenbar vorliegenden Glossatorenliteratur gesehen, daß hier zwischen sui und sonstigen heredes unterschieden wurde; auch daß dabei die Fortpflanzung des bei dem Verstorbenen entstandenen vitium auf den Erben eine Rolle spielt, ist ihm klar geworden; bestimmt und mit der für ihn nöthigen Deutlichkeit war nur die Entscheidung für den Fall des extraneus heres, der zum titellosen bona-fides-Besitz seines Erblassers den titulus pro herede hinzufügt, ausgesprochen; und aus diesen Elementen ist dann die wunderlich krause Mischung von Wahrem und Falschem, von Glossatoren- und eigener Weisheit entstanden, welche §. 13 cit. enthält.

nicht lesenswerth ist §. 124 des Cod. Chisanus [S. 216 bei Hänel], weil in demselben gerade in der Mitte eine den Zusammenhang völlig störende Lücke ist (s. Hänel, a. a. O., Note 9). Die verschiedenen Ansichten dürften ganz kurz folgende gewesen sein: Bulgarus ließ selbst den suus heres usukapiren, wenngleich der Erblasser in mala fide gewesen war[1], freilich nur sumpto a se initio und titulo pro suo; gewiß gestand er also auch dasselbe dem extraneus heres zu. Martinus leugnet es für den suus, gibt es zu für den extraneus; ihm folgen Al. (ob hier Albericus oder Aldricus gemeint, ist nicht zu entscheiden) und Pillius (?). Für beide endlich leugnen die Möglichkeit einer Ersitzung bei mala fides des Erblassers Irnerius, Hugo, Rogerius, Johannes Bassianus und Azo, welchen sich Accursius angeschlossen hat. Die Ansicht der Glosse stimmt besonders genau überein mit Azo, Lectura in Cod., ad leges 1 und 4 C. 7, 29 und Id., Summa Cod., libr. 7, 29, wo es §. 3 heißt, diese usucapio finde nur statt bei extranei, und zwar ubi defunctus bonam fidem habebat et res non erat vitiosa, sed destituebatur (defunctus) titulo. Die Theorie des Placentinus s. ihrer Absonderlichkeit wegen im Zusammenhange dargestellt in Anm. 1 zu §. 17, S. 196.

b. Ein non heres glaubt Erbe zu sein, natürlich aus einem justus error. Nach der allgemeinen Lehre der Glosse ist nicht zu zweifeln, daß der titulus putativus pro herede bei vorliegendem justus error zur Usukapion genügende Grundlage bietet. Fraglich ist nur, ob diese Ersitzung, selbst wenn sie vollendet ist, den nun Eigenthümer gewordenen Besitzer gegen die hereditatis petitio des echten Erben deckt. Accursius glaubt, dies sei der Fall; im allgemeinen nimmt er nämlich an, alle Stellen, welche dem Erben trotz der Ersitzung gegen den, welcher ersessen hat, die hereditas petitio mit Erfolg zu geben scheinen, sprächen von der Klage gegen denjenigen, welcher die Sachen zwar lange Zeit besessen habe, aber ohne in errore probabili für seinen Titel

[1] Hiermit stimmt nicht ganz überein Bulgari Comment. in tit. D. de R. J. ad leg. 177 (137) pr. ed. Beckhaus, S. 112 und 113.

pro herede sich zu befinden, welcher also überhaupt nicht ersitzen konnte. S. besonders Gl. Possit ad leg. 4 C. in quibus casibus cessat etc. 7, 34.[1] und Gl. Fundum pro herede ad leg. 33 §. 1 D. h. t. 41, 3. Freilich finden sich auch andere Anklänge; so dürfte verschiedener Ansicht gewesen sein Johannes Bassianus, welcher unter dem „principale" der l. 3 i. f. C. de edicto 6, 33 die rei vindicatio und nicht die hereditatis petitio verstanden haben will, so daß letztere bestehen bliebe (s. Gl. Principalem ad hanc leg.). Auch Bulgarus scheint, wenigstens nach einer von ihm herrührenden, zweimal bei Accursius wiederkehrenden Wendung (s. die letzte Anmerkung) nicht gerade so ganz sicher in dieser Frage gewesen zu sein. Was aber deutlich zeigt, daß Accursius an der zuerst erwähnten Ansicht festhält, obgleich er Spuren anderer Erklärungen auch in seine Compilation aufgenommen hat, das ist der Umstand, daß er eine Reihe entgegenstehender Gesetze zu beseitigen bemüht ist. So wird l. 1 pr. D. quorum bonorum 43, 2 in Gl. Usucaptum ad hanc leg. nicht ohne große Anstrengung, aber aus der vollen Erkenntniß ihrer Wichtigkeit heraus, so erklärt, daß sie mit der geschilderten Ansicht vom titulus pro herede vereinbar wird; ebenso l. 4 C. cit. in Gl. Principalem cit.; l. 7 C. de pet. hereditatis 3, 31 soll nur von der gewöhnlichen Klageverjährung, nicht von der Ersitzung handeln (s. Gl. Compellat ad hanc leg.). L. 2 C. quorum bonorum 8, 2 wird allerdings nicht im Sinne der auch gegen den Erben den Erfolg der Ersitzung behauptenden Lehre ausgebeutet; denn das „si negotium integrum est" in Gl. Integrum ad hanc leg. wird erklärt: i. e. non finitum pacto vel sententia, gewiß die vernünftigste Interpretation; wol aber wird dann l. 3 C. 6, 33 cit. ganz bestimmt auf die Ersitzung bezogen, indem das ex una parte auf die praescriptio XXX annorum,

---

[1] Diese Glosse gibt auch die Entwickelung, warum die hereditatis petitio keinenfalls gegen den geht, der ex alio titulo usukapirt hat; denn da die hereditatis petitio hier suos terminos excedit, exceditur a non suis terminis. Dieselbe Wendung findet sich in Gl. Principalem ad leg. 3 C. de edicto Divi Hadriani etc. 6, 33 mit dem Zusatze: sec. Bul(garum.)

dagegen das ex utroque latere auf die Ersitzung hindeuten soll (s. Glossas in haec verba ad hanc leg.). — Dem steht schließlich auch nicht entgegen, wenn Accursius wol von der Ansicht auszugehen scheint, der titulus pro herede sei — selbstverständlich denkt er dabei nur an den hier unter b. besprochenen Fall desselben — eigentlich gar kein vollgültiger Titel. Denn allerdings ist er kein solcher ohne justus error; während andere Titel auch anders, denn als Putativtitel, vorkommen, kann dieser nur als solcher auftreten; daher lag es bei ihm nahe, ihn ganz hinter den bei ihm stets vorliegenden justus error zurückzudrängen und geradezu zu sagen: justus error hic loco tituli est (s. Gl. Principalem cit. ad leg. 3 C. 6, 33 cit.).

3) Titulus pro donato. Derselbe wird, während er sonst nichts Abnormes bietet, auch angenommen bei Schenkungen zwischen Ehegatten, wenn die geschenkte Sache dem schenkenden Theile nicht gehörte. Grund: weil dieser letztere dann durch die Schenkung nicht ärmer werde. An der Schwäche dieses von den Quellen gegebenen Grundes liegt es, wenn wir die bereits theilweise bei der Lehre von der bona fides erörterte Frage hier wieder von der Seite des titulus aus zu besprechen haben[1]; denn daß der schenkende Theil durch das Wegschenken thatsächlich fast immer ärmer werde, hat auch die Glosse gar wohl bemerkt. Keinenfalls darf einmal der schenkende Theil selbst im Usukapionsbesitze gewesen sein; dann aber wird er in allen Fällen dadurch ärmer, daß er — eine Theorie Azo's — stets später vom wirklichen Eigenthümer quasi als negotiorum gestor ebendeshalb belangt werden kann, weil er die Sache habe usukapiren lassen; habe er aber die Sache weggeschenkt, so habe er nicht mehr die Sache selbst zum Ersatze für jene gegen ihn gehende, ihn zu Schadensersatz zwingende actio quasi negotiorum gestorum; und so erleide er einen positiven Verlust. (S. Gl. Rebus fit ad leg. 25 D. de don. inter vi. et ux. 24, 1). Da bleibt nun allerdings Accursius gar kein Fall mehr übrig, als der, si res pretium non

---

[1] Vgl. zu dem Folgenden Azo, Summa Cod., libr. 7, 27, und Placentinus, Summa Cod., libr. 5, 16 ed. Schoeffer, pag. 212, Z. 17 fg. v. o.

habuit, cum donavit. Eine factisch völlig werthlose Sache könnte der schenkende Theil ja schließlich aber auch selbst dann, wenn sie ihm gehörte, verschenken, ohne ärmer zu werden, so daß in diesem letzten Auskunftsmittel der Glosse eine Widerlegung der römischen Begründung aus sich selbst heraus liegt, welche dieselbe offenbar völlig verdient, wenn auch die von der Glosse verwendeten Argumente, wie besonders die eigenthümliche Theorie des Azo mit ihrer ausgedehnten Anwendung der negotiorum gestio, ebenso wenig stichhaltig erscheinen.

4) Gibt es eine Ersitzung auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils? (Vgl. auch schon oben §. 7 unter Nr. 1.) Oder mit andern Worten: Wird, wenn der Beklagte wirklich Eigenthümer ist, der siegreiche Kläger, sobald er den Besitz der Sache erwirbt, durch res judicata wahrer Eigenthümer? Denn wenn dies der Fall, so ersitzt er auf den Titel pro judicato hin, sofern der Beklagte nur vermeintlich Eigenthümer war. Gibt ihm aber die Verurtheilung des wirklichen Eigenthümers kein Eigenthum, so gibt ihm auch die des vermeintlichen Eigenthümers keine causa usucapiendi. — Daß l. 137 (180) D. de R. J. 50, 17 nicht hierher gehört, weiß schon die Gl. Quo autore ad hanc leg., welche auch bereits l. 14 §. 1 D. de religiosis 11, 7 und l. 11 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2 zur Erklärung der l. 137 cit. anführt.[1] Auch l. 13 §. 1 D. de jurejurando 12, 2 wird für den Titel pro judicato nicht herangezogen, da die Glossatoren (s. Gl. Praescriptionem und Actionem ad hanc leg.) sich einen andern als denjenigen, welcher geschworen hat, als präscribirenden Besitzer denken; gegen diesen soll dann die Klage aus dem Eide nicht verjähren, weil jurejurando perpetuatur obligatio. — Sehr richtig entfernt wird schließlich l. 15 §. 4 D. de re judicata 42, 1 von Gl. Integris ad hanc leg.

Nachdem so das Nichthierhergehörige beseitigt ist, kommen wir auf die Sache selbst. Zunächst auf die Regel, von welcher wir ausgingen, daß, wenn die res judicata gegen den Eigen-

[1] Nicht so Gothofredus ad has leges, von welchem ganz andere Stellen beigebracht werden.

thümer dem andern Theile Eigenthum gibt, diejenige gegen den vermeintlichen Eigenthümer causa usucapiendi gebe; oder allgemeiner qui non transfert dominium, cum est dominus, nec causam usucapiendi parat, cum est non dominus. — Diese Regel findet sich in Gl. Sed et is ad leg. 33 §. 3 D. h. t. 41, 3; und mit etwas andern Worten in Gl. Habentes ad leg. 8 C. de usuc. pro empt. 7, 26.[1] Bei letzterer Stelle heißt es: sec. P(lacentinum) et H(ugolinum) et M(artinum) et Azo(nem). Johannes Bassianus scheint dagegen die Regel nicht haben anerkennen zu wollen, wegen einer auch von der Glosse zugegebenen Ausnahme, s. l. 2 §. 16 D. pro emptore 41, 4; dennoch hat Accursius sich nicht Bassianus, sondern Azo angeschlossen.

Ehe nun weiter von der Möglichkeit eines titulus pro judicato gehandelt wird, ist noch zweierlei zu besprechen, damit wir die allgemeine Auffassung der Glosse vor der Sachlage kennen lernen und so allmählich zur Lösung der sehr schwierigen Hauptfrage vorrücken.

a. Den titulus pro transacto erkennt die Glosse an mit einer feinen Distinction: nämlich nur für den Fall, wenn ich infolge einer transactio die Sache bekommen, nicht auch schon dann, wenn ich sie infolge der transactio blos behalten habe (s. Gl. Habentes ad leg. 8 C. cit.); dabei findet sich die passende Verweisung auf l. 34 (33) C. de transactionibus 2, 4. Aber auch bei ersterer Sachlage geht das Eigenthum nicht schon durch das in der transactio liegende Ueberlieferungs-Versprechen des wirklichen dominus über, entsteht also auch noch keine causa usucapiendi durch dasselbe von seiten des vermeintlichen Eigenthümers gegebene Versprechen: es muß vielmehr noch traditio hinzutreten. In dieser Beschränkung verschafft die Transaction Eigenthum resp. causam usucapiendi — eine ganz correcte Lehre.

b. Der Beklagte gibt dem Kläger eine Sache in solutum,

---

[1] Diese Glosse wird in den spätern Drucken völlig unverständlich dadurch, daß dieselben zu Anfang statt ... non transferretur in reum dominium lesen in rerum dominium.

Fall der l. 33 §. 3 D. h. t. 41, 3. — Hier sagt Gl. Sed et is ad h. leg. ganz richtig, es handle sich nicht um den Fall, daß eine Sache actione reali verfolgt werde; quia aut essem dominus, et non usucaperem; aut tradens (sc. esset) et non ego (sc. essem dominus), nec tunc usucaperem, cum is ut meam, non ut suam tradat; aut neutrius, et tunc idem, quia qui non transfert dominium cum est dominus, nec causam usucapiendi parat, cum est non dominus. Es werde also vielmehr in l. 33 §. 3 cit. eine Sache in solutum gegeben auf eine obligatorische Klage hin; dann wolle ja der Solvent Eigenthum übertragen und dann könne demnach auch der Empfänger, wenn die Sache nicht Eigenthum des Solventen war, sie ersitzen. Die Glosse behandelt demnach den allgemeinen Fall der datio in solutionem ganz richtig; sie scheidet zwischen Uebertragung auf Grund einer obligatorischen, und solcher auf Grund einer dinglichen Klage; im ersteren Falle geht offenbar Eigenthum über, resp. entsteht causa usucapiendi auch dann, wenn die Sache auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils in solutum gegeben wird, und zwar titulo pro soluto, nicht etwa titulo pro judicato; im zweiten Falle geht kein Eigenthum über, selbst wenn der Tradent — eine richtig vollzogene Tradition wird stets vorausgesetzt — Eigenthümer wäre; dies folgt, wie die citirte Stelle der Glosse Sed et is klar erkennen läßt, aus dem Satze Nemo errans rem suam amittit; ebenso wenig entsteht demnach im zweiten Falle, wenn der Tradent nur Putativ-Eigenthümer ist, causa usucapiendi.

Indem wir nun zum titulus pro judicato zurückkommen, können wir die Frage so stellen: Hindert die Regel: „Nemo errans rem suam amittit" den Eigenthumsübergang auch dann, wenn der error desjenigen, welcher seine Sache als non sua weggibt, durch res judicata hervorgerufen und approbirt ist? Hier hat es nun allerdings nach Gl. Tradita sit ad leg. 3 §. 1 D. de Publ. act. 6, 2 eine Meinung unter den Glossatoren gegeben, welche trotz der res judicata, wenn der in der rei vindicatio Verurtheilte factisch Eigenthümer ist und nun infolge des Spruches die Sache herausgibt, kein Eigenthum übergehen ließ,

gerade wie in dem unter b. behandelten Falle, und zwar so, daß dann trotzdem, wenn der Verurtheilte nur Putativ-Eigenthümer war, die einen des weitern den Sieger als in causa usucapiendi nach geschehener Tradition befindlich ansahen [1], die andern dagegen jetzt consequenterweise auch die Ersitzungsmöglichkeit leugneten. Wie dem aber auch sei; diese ganze Meinung ist von der Glosse für den Specialfall der res judicata aufs bestimmteste verworfen, s. Gl. Tradita sit cit. und Gl. Ejus fit ad §um ultimum J. de officio judicis 4, 17: Diese Glossen lassen Eigenthum übergehen, wenn der wirkliche Eigenthümer, in der rei vindicatio besiegt, auf Grund dieser res judicata die vindicirte Sache tradirt hat. Und zwar indem sie gerade den Grund, nach welchem sonst in analogen Fällen Eigenthum nicht übergeht, wegräumen; der Satz Nemo errans etc. finde hier nämlich keine Anwendung propter autoritatem rei judicatae; oder, wie Gl. Ejus fit. cit. noch prägnanter sagt: error jam reprobari non potest judicis sententia purgatus. Demgemäß herrscht auch schließlich denn nun kein Zweifel, daß der Sieger, wenn der besiegte Theil nur vermeintlicher Eigenthümer ist, auf Grund des Urtheiles ersitzen kann, d. h. die Glosse erkennt nicht nur den titulus pro transacto und den titulus pro soluto unter gewissen Beschränkungen, sondern ganz ausdrücklich auch denjenigen pro judicato an. [2]

5) Titulus pro suo. Nachdem wir nunmehr mit der Besprechung der einzelnen Titel, welche Schwierigkeiten bieten, zu Ende gelangt sind, haben wir noch die Auffassung des Accursius

---

[1] Wahrscheinlich war Johannes Bassianus dieser Meinung, welcher ja überhaupt die Regel von der Analogie des Eigenthumsüberganges und der Möglichkeit der Usukapion nicht anerkennt, s. oben im Anfange dieser Nummer.

[2] Einen Gegensatz dazu, daß der im dinglichen Proceß verurtheilte Eigenthümer sein Eigenthum verliert, bildet es, daß der im obligatorischen Processe freigesprochene Schuldner dennoch Schuldner bleibt; s. die auf dem Unterschiede zwischen res corporales und incorporales beruhende eigenartige Erklärung der Glosse hierfür am Ende der Gl. Ejus fit cit. mit Verweisung auf l. 3 pr. D. pro socio 17, 2, wo Aehnliches von Gl. Ea vero ad hanc leg. weiter ausgeführt wird.

vom titulus pro suo, welcher alle andern umfaßt, zu erörtern. Sehr häufig findet sich in der Glosse, wenn die Möglichkeit der Ersitzung auf Grund einer Reihe bestimmter einzelner Titel besprochen und schließlich verworfen worden ist, am Ende noch die Frage aufgeworfen, ob denn nicht vielleicht hier der Besitzer pro suo ersitzen könne.[1] Dies deutet darauf hin, daß Accursius sich nicht strenge an die im titulus D. pro suo 41, 10 angegebenen einzelnen Fälle hält, sondern den titulus pro suo ganz richtig viel weiter versteht. So wird besonders der Putativtitel, welchen unvollständigen Thatbestand auch immer er repräsentiren mag, häufig nicht unter die betreffenden Specialtitel pro empto, pro donato etc. gerechnet, sondern schlechthin als titulus pro suo angeführt, während dann für die Specialtitel nur die vollständigen Thatbestände übrig bleiben (s. Gl. Existimarent ad leg. 27 D. h. t. 41, 3). Sehr allgemein heißt es in Gl. Acquiritur ad leg. 1 pr. D. pro suo 41, 10, der Titel pro suo komme zur Anwendung, ubicunque est justa causa usucapiendi et deficit alius titulus; nec enim est determinatus titulus iste. Speciell wird dann wieder der Titel pro suo auf die Fälle des titulus pro derelicto angewendet im Anschlusse an l. 2 D. h. t. 41, 10; und schließlich stellt ihn als allen andern Titeln anhaftend, mit ihnen concurrirend, ihnen gegenüber allgemeinen hin Gl. Est species ad leg. 2 D. h. t. 41, 10, womit noch zu vergleichen Gl. Ex aliis ad leg. 5 pr. D. eodem.[2]

## d. Dauer des Besitzes.

## §. 15.

### Allgemeines.

1) Ueber die Zeiträume, während welcher der Besitz zu dauern hat, lehrt die Glosse Eigenartiges nur insofern, als sie

---

[1] Es werden keine Glossen mehr besonders citirt, da in den bisher angeführten sich Beispiele genug für das im Texte Behauptete finden; vgl. noch Wenck, Magister Vacarius, S. 224, Nr. 117.

[2] Der Vollständigkeit halber sei noch bemerkt, daß bei der hereditatis petitio der Ausdruck titulo pro suo possidere wieder etwas ganz anderes

hier einen kleinen Unterschied zwischen usucapio und longi temporis praescriptio macht. Da nämlich blos die erstere nach ihrer Theorie eine Acquisitiv-Verjährung ist, letztere hingegen lediglich eine Extinctiv-Verjährung; so kommen die Vorschriften der praescriptio favorabilis auf jene, diejenigen der praescriptio odiosa auf diese zur Anwendung[1]; d. h. bei der Usukapion braucht der letzte Tag nur angebrochen zu sein, bei der longi temporis praescriptio muß er sein Ende erreicht haben, damit die Ersitzung vollendet sei. (S. Gl. Per triennium ad pr. J. h. t. 2, 6; vgl. Azonis Brocardica Rubr. I de initiis i. m. A. S. 11; und Wenck, Magister Vacarius, S. 232, Note 136 mit eigenartiger Begründung).

2) Unterbrochen wird die Ersitzung auf doppelte Weise.

a. Selbstverständlich durch Verlust des Besitzes; s. jedoch die bereits bei Gelegenheit des Erfordernisses des Besitzes, oben S. 154 und 158 besprochene Gl. Sine possessione ad leg. 25 D. h. t. 41, 3.

b. Nicht bewirkt Unterbrechung mala fides superveniens, wenigstens nach der Lehre der Glosse (s. oben S. 167 fg.).

c. Dagegen kommt hier in Betracht die litis contestatio (s. Gl. Tradere ad leg. 18 D. de rei vind. 6, 1; Gl. Usucapionem ad leg. 2 §. 21 D. pro emptore 41, 4; Gl. Triennii ad leg. 2 §. 1 C. de annali exceptione 7, 40; Gl. Morae litis ad leg. 26 C. de rei vind. 3, 32; Gl. Litis ad leg. 2 C. h. t. 7, 33; und Gl. In praeteritum ad leg. 10 C. eod.); des Nähern ist Folgendes hervorzuheben. Jedenfalls bewirkt die litis contestatio nur eine interruptio civilis, ein Ausdruck, dessen sich

---

bedeutet, nämlich geradezu titellosen Besitz; eine Bedeutung, welche sich dann, von daher stammend, wol auch sonst in der Glosse bei Verbindungen wie pro suo, pro fure, pro raptore possidere findet; von Ersitzung kann da selbstverständlich nicht die Rede sein.

[1] Eine andere Ansicht findet sich in dem Tractatus de praescriptionibus, ed. Gross e. Cod. Gottw., §. 2, S. 252. Dort wird nämlich die Usukapion gar nicht behandelt, die praescriptio decem vel viginti annorum aber als favorabilis und nur die praescriptio triginta annorum als odiös hingestellt.

schon Gl. Morae litis ad leg. 26 C. cit. im Gegensatz zu der durch Besitzverlust eintretenden interruptio naturalis bedient; und daraus wird mit argumentum e contrario aus l. 5 D. h. t. 41, 3 gefolgert, daß diese Unterbrechung der Verjährung durch litis contestatio nur gegen denjenigen wirkt, mit welchem lis contestata est, nicht gegen Dritte. Diese Regel gilt der Glosse bei jeder durch Litiscontestation erfolgenden Unterbrechung der Versitzung. Im weitern haben wir nun zwischen usucapio und longi temporis praescriptio zu unterscheiden.

α. Unter den Glossatoren herrscht kein Streit darüber, daß durch Litis Contestatio — nicht schon durch Klageerhebung, s. den Gegensatz später in §. 19 bei der außergewöhnlichen Ersitzung — die longi temporis praescriptio unterbrochen wird; s. außer den schon citirten Glossen noch Gl. Cum post motam ad leg. 1 C. de praescript. 7, 33; jedoch, wie schon im allgemeinen bemerkt, mit Wirkung nur gegen den Proceßgegner, nicht auch gegen andere; vgl. noch Placentinus, Summa Cod., libr. 7, 36 ed. Schoeffer, S. 334, Z. 11 v. o.

β. Ob es von irgendwelcher Wirkung sei, wenn lis gegen den im Usukapionsbesitze Befindlichen contestirt wird, war streitig. Darüber war man einig, daß vor Erlaß der l. 2 C. de ann. exc. 7, 40 ganz bestimmt die Usukapion trotz der Litiscontestation fortlief; Irnerius, Martinus, Albericus und Hugolinus behaupten nun aber, seit dieser lex werde auch die Usukapion durch die Contestation interpellirt; während Hugo, Johannes Bassianus, Azo und mit diesen Accursius entgegengesetzter Ansicht sind. S. Hänel, Diss. dom., Hugolinus, §. 335 (S. 480) und §. 390 (S. 521)[1]; ferner Azo, Lectura in Cod., ad leg. 10 C. 7, 32 i. f.; ebenfalls der letztern Meinung war Placentinus (s. seine Summa Cod., libr. 3, 32 ed. Schoeffer, S. 114, Z. 15 v. u.).[2] — Aller-

---

[1] Die Sigle Job. in Hug. §. 390 ist wol nicht, wie von Hänel geschehen, in den Accusativus, sondern in den Nominativus aufzulösen; denn Johannes und Hugo waren derselben Meinung (s. Hugolinus §. 335 und Gl. Triennii ad leg. 2 C. cit.).

[2] Dagegen wäre aus Summa Inst., libr. 2, 6 zu Ende eher das Gegentheil zu folgern (s. Placentini Summa Inst., ed. Schoeffer (1537), S. 29.

dings hat Johannes Bassianus und mit ihm die Glosse der gegnerischen Theorie eine Concession gemacht, von der nicht zu constatiren, ob sie sich auch schon bei Hugo vorfindet, welche aber jedenfalls Placentinus fremd ist; es soll nämlich durch den in l. 2 C. cit. angerathenen Schritt und demgemäß auch durch Litiscontestation die Usukapion dann unterbrochen werden, quando adversarius est furiosus vel infans vel absens vel in potestate positus: die sogenannten quatuor casus.

Demnach unterbricht, der Glosse zufolge, die Litiscontestation

1) stets die longi temporis praescriptio; und

2) in jenen vier Fällen die Usukapion. — In den übrigen Fällen läuft die Usukapion weiter; der Unterschied zwischen usucapio und longi temp. praescriptio wird auch hier wieder damit gerechtfertigt, quia rerum mobilium possessio vilis et abjecta est.

Uebrigens ist der Vorgang bei der Usukapion, wenn sie nicht unterbrochen wird, doch kein so einfacher. Denn da doch jedenfalls der Kläger verlangen kann, in die Lage zu kommen, als sei der Urtheilsspruch im Momente der Litiscontestation erfolgt; da er also, wenn zur Zeit dieser letztern die Usukapion des Gegners noch nicht vollendet war, gegen den Erfolg einer sich etwa während der Dauer des Processes beendigenden Usukapion geschützt sein muß: so läuft vom Momente der Contestation ab die Usukapion gegen ihn weiter nur quoad cursum, nicht quoad effectum. Die rei vindicatio desjenigen, der die Klage angestellt hat, dauert demnach, wenn schon vor dem Urtheil der Gegner usukapirt hat und Eigenthümer geworden ist, fort, indem sie nur aus einer directa eine utilis wird, und in diesem Falle verhilft die utilis gegenüber der directa — welche ja dem Eigenthümer gewordenen Usukapienten nunmehr zusteht — zum Siege. Freilich bleibt die rei vindicatio des Klägers, deren Erhaltung ihm doch durch die Litiscontestation gesichert sein müßte, nicht ganz dieselbe, wenn sie aus einer directa zur utilis wird, was sehr passend so ausgedrückt wird, daß seine directa zur utilis corrumpitur; aber das Resultat ist das gleiche und schließlich, meint Accursius, wahrscheinlich nach dem Vorgange des Bul-

garus[1], sei sie doch die nämliche wie früher, wenngleich jetzt als corrupta: Eandem enim dicor habere filiam, licet hodie sit corrupta, cum fuerit virgo.

Eine weniger juristische Construction, welche gleichfalls das Ziel verfolgt, dem Kläger gegen den Usukapienten, welcher inzwischen ersessen hat, zum Siege zu verhelfen, hatte Placentinus aufgestellt; aber Mirabilia hic respondit, sagt die Glosse von ihm.

3) Die Dauer der Ersitzungszeit[2] für den Fall, daß schon einmal Proceßhandlungen vorgekommen sind, ist eine solche von 40 Jahren nach der letzten Proceßhandlung. Justinianus hat diese von ihm eingeführte Vorschrift damit begründet, daß es etwas ganz anderes sei, ob jemand überhaupt von Anfang an geschwiegen habe, oder ob er die Klage erhoben, dann aber per quosdam casus (cum sortes humanae multae sint) an der Fortsetzung des Processes verhindert worden sei. Hier ist nun Aldricus der Ansicht gewesen, wenn dieser Grund nicht eintreffe, d. h. also wenn der Proceß istis casibus cessantibus aus bloßer Nachlässigkeit des Klägers liegen geblieben sei: so werde auch die Ersitzungszeit nicht auf 40 Jahre verlängert. Doch scheint er mit dieser Meinung ganz allein gestanden zu haben und Accursius erwähnt ihrer offenbar nur als einer Singularität. S. Gl. Humanae ad leg. 9 C. de praescriptione XXX vel XL annorum 7, 39.

## §. 16.

### *Accessio possessionis.*

Daß die Glosse sich nicht über den historischen Zusammenhang zwischen lex unic. C. de usucapione transformanda 7, 31

[1] Denn solche Scherzwendungen und Redensarten waren bekanntlich im Mittelalter noch erblicher als in modernen Collegienheften; übrigens handelt es sich hier um eine Aenderung der bekannten Pandektenstelle von der serva mulier, welche für eine virgo gehalten wurde, l. 11 §. 1 D. de contrah. empt. 18, 1.

[2] Es handelt sich selbstverständlich nur um die longi temporis praescriptio, denn die usucapio läuft ja quoad cursum trotz des Processes fort.

und dem in §. 12 J. h. t. 2, 6 gegebenen Bericht viel Sorgen macht, ließ sich erwarten. Ihr genügt es festzustellen, daß durch jene Constitution ein einheitlicher Rechtszustand hergestellt ist, welcher sich näher folgendermaßen gestaltet.

1) Schon bei Besprechung des titulus pro herede haben wir gesehen, daß die Glosse bezüglich der Wirkung der Gesammtnachfolge auf die bona fides die richtigen Grundsätze zur Anwendung bringt, indem sie unbedingt die mala fides des Erblassers auf die Erben übergehen läßt. Hier ist vom umgekehrten Falle zu reden, denn damit eine accessio possessionis stattfinde, muß jedenfalls beim Erblasser schon Ersitzungsmöglichkeit, also auch bona fides, vorgelegen haben. Da findet sich nun das Correlat zu jenen beim titulus pro herede erörterten Verhältnissen: Schadet dem Gesammtnachfolger die mala fides seines Erblassers, so schadet ihm hingegen seine eigene nicht, da der Moment, in welchem die Ersitzung auf ihn übergeht, gar nicht als der des Beginnes einer neuen Ersitzung aufgefaßt wird, und bona fides eben nur zu Anfang der Ersitzung erforderlich ist. Ganz klar gibt diese sämmtlichen Analogien und Unterschiede, mit Einschluß desjenigen zwischen Universal- und Singularsuccession, Gl. Scit alienam ad leg. 2 §. 19 D. pro emptore 41, 4; und an der dort aufgestellten Theorie hält die Glosse unentwegt fest, wenn ihr auch die hierhergehörigen, ursprünglich auf das interdictum utrubi bezüglichen Gesetzesstellen viele Schwierigkeiten bereiten, zu deren Lösung ihr eben der Schlüssel fehlt.[1] Nur Ein Bedenken hegt Accursius; wenn nämlich die zu ersitzende Erbschaftssache eine bewegliche ist, muß sie dann nicht durch die mala fides des Erben, sobald dieser die Erbschaft in Besitz genommen hat, zur res furtiva werden? Darüber zunächst nun, daß die Ersitzung zu Ende geführt werden kann, ehe die Erbschaft vom Erben in Besitz genommen wird, s. sofort unten; aber auch für den gewöhnlichen Fall einer Besitzergreifung durch den

[1] Ueber die unerquicklichen Bemühungen zur Lösung solcher Stellen wird, da sie nichts besonders Interessantes bieten, das Richtige aber zu treffen die Glosse gar nicht im Stande ist, hinweggegangen.

Erben[1] gibt Gl. Scientia ad leg. unic. §. 3 C. 7, 31 eine recht ansprechende Antwort, indem sie bemerkt: Potest esse, quod non contrectet, licet possideat; d. h. wenn der Erbe nach dem Antritt sich in den Besitz der ganzen Masse setzt, so kann dieser Besitzerwerb ein ziemlich umfassender sein; die zum furtum nothwendige Contrectationshandlung aber ist eine speciell auf die einzelne Sache gerichtete; wenn sich z. B. der Erbe in den Besitz eines zur Erbschaft gehörigen Hauses setzt, in welchem die zu ersitzende Sache aufgehoben ist: so hat er, obgleich er diese dann besitzt, sie doch nicht „contrectirt", sie ist also auch nicht furtiv geworden. — Eine viel weniger passende Antwort auf dieselbe Frage gibt freilich noch dieselbe Glosse Scientia a. E.

Der Satz, daß den Erben die eigene mala fides in der Ersitzung nicht stört, ist nun aber, wie die Glosse ausdrücklich bemerkt, auch eine juristische Consequenz der weitern Regel, daß die noch nicht angetretene Erbschaft selbst die Ersitzung fortsetzt und sogar vollendet. Daher ist denn auch kein Zweifel daran möglich, daß, wenn ein Dritter sich dazwischen in Besitz gesetzt hat, von einer solchen continuatio possessionis die Rede nicht sein kann, s. Gl. Quasi conjunctim ad leg. 30 pr. D. ex quibus causis 4, 6, welche auch sonst deshalb interessant ist, weil sie ganz richtig den eigentlichen Besitz auf den Erben nicht ohne besondern Erwerb übergehen läßt[2], und ein folgerichtiger Schluß hieraus ist es dann nur, wenn die schon häufiger erwähnte Gl. Sine possessione ad leg. 25 D. h. t. 41, 3 (s. oben S. 154) den Fall, in welchem eine hereditas jacens die Ersitzung vollendet, als einen solchen der Vollendung der Ersitzung ohne Besitz behandelt. Als gleiche Lage erscheint es, wenn die Erbschaft schon angetreten, aber der Besitz der zu ersitzenden Sache von dem Erben noch nicht erworben ist, s. Gl. Post aditam ad leg.

---

[1] Zu welcher allerdings besonderer Besitzerwerb desselben gehört; denn der Besitz geht keineswegs mit der Erbschaft auf ihn über, s. sogleich unten.

[2] Nach Azo, welcher diesen Satz selbst für den suus heres aufstellt (s. Azo, Brocardica, Rubr. 40, de dominio et possessione atque traditione, i. m. A., S. 390).

31 §. 5 D. h. t. 41, 3; dagegen kann die Erbschaft, selbst durch einen servus hereditarius, keine Ersitzung beginnen; s. Gl. Haereditatis ad leg. 45 §. 1 D. h. t. 41, 3, und Gl. Haereditatis ad leg. 44 §. 3 D. eod.

2) Der Einzelnachfolger kann die Zeit, während welcher sein auctor im Ersitzungsbesitze war, zurechnen, beginnt aber in seiner Person eine neue Ersitzung; daß die Glosse diesen Satz völlig anerkennt, ergibt sich schon aus den bisher citirten Glossen; gar nichts Besonderes findet Accursius merkwürdigerweise darin, daß auch der Pfandgläubiger, welcher doch bestimmt weiß, daß ihm die Sache nicht gehört, mit accessio possessionis von seiten seines Schuldners ersitzen soll; freilich wäre es der Glosse, auch wenn sie sich mehr Mühe gegeben hätte, unmöglich gewesen, die auf das interdictum utrubi bezügliche l. 14 §. 3 D. de diversis temporalibus praescriptionibus 44, 3 irgendwie befriedigend zu erklären; s. Gl. Non exsolveris ad hanc leg.

3) Wer eine Sache veräußert und nach geschehener Auflösung des Veräußerungsgeschäfts wiedererlangt hat, muß zur Ermöglichung der Ersitzung im Momente, in welchem er die Sache wiedererlangt, in bona fide sein, d. h. es wird nicht die zwischenliegende Veräußerung infolge der Redhibition gestrichen und die Sache etwa so betrachtet, als wäre der ursprüngliche Verkäufer nie außer Besitz gewesen; sondern er wird als Singularsuccessor seines Käufers behandelt und die usucapio hat bei ihm novum initium. Ist er aber im Momente des neuen Besitzerwerbes in bona fide, so hat er die accessio temporis aus der Zeit des Besitzes seines Käufers und weiter zurück aus der Zeit seines eigenen frühern Ersitzungsbesitzes, jedoch beides wieder nur für den Fall, daß der zwischenliegende Käufer auch in bona fide war; war dieser in mala fide, so ist die ganze Ersitzung unterbrochen und der Verkäufer muß wieder von vorn anfangen. S. Gl. Non contingit ad leg. 7 §. 4 D. pro empto 41, 4, und Gl. Accessurum ad leg. 19 D. h. t. 41, 3; sehr bemerkenswerth sind auch noch Gl. Redhibendam und Gl. Emptor ad leg. 7 §. 4 cit.; die erstere kritisirt nicht mit Unrecht die hier von Julianus beliebte Zusammenstellung, während die zweite

ein klares Licht auf die allgemeine Stellung des Verkäufers nach vorgenommener Redhibition wirft.

4) Eingehend wird behandelt die Frage über die Mitanrechnung der Zeit, während welcher ein Precarist besessen hat. Die Lehre der Glosse vom Besitz beim Precarium ist nämlich, wieder im Zusammenhange mit der Anschauung des Johannes von der völligen Trennung der possessio civilis und naturalis, die folgende: Es kann precarium übertragen werden ohne jeden Besitz, ohne Civil- und mit Naturalbesitz, sowie schließlich sowol mit Civil- wie mit Naturalbesitz, s. Gl. A possessione ad leg. 15 §. 4 D. de precariis 43, 26. Dabei kommt es an auf die Absicht des Uebertragenden; in dubio aber muß angenommen werden, daß Natural- ohne Civilbesitz habe übertragen werden sollen. Dann läuft der Ersitzungsbesitz des precario dans ruhig weiter, und einer besondern accessio possessionis bedarf es nicht; der precario accipiens besitzt corpore für ihn, hat aber die Interdicte. Sollte nicht einmal Naturalbesitz übergehen, so ändert sich weiter nichts, nur hat der precario accipiens jetzt nicht einmal die Interdicte. Ist jedoch schließlich auch Civilbesitz auf den Precaristen übertragen, so kann während der Dauer des precarium der precario dans nicht einmal mehr quoad usucapionem besitzen, und dies ist dann der Fall der l. 13 §. 7 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2, d. h. derjenige Fall, in welchem sich der precario dans, nachdem das Verhältniß aufgelöst und der Besitz zu ihm zurückgekehrt ist, der accessio possessionis aus der Zeit des Besitzes des Precaristen bedienen kann und muß, s. Gl. Si is qui precario und Gl. Accedere possessionem ad leg. 13 §. 7 cit. Diese letztere Glosse ist in den spätern Drucken ganz corrupt und unverständlich. Nach den ältern Ausgaben entsteht hier nämlich folgende Schwierigkeit: Sed videtur cessare haec accessio; nam si dominus desiit possidere et praescribere sibi; nec qui accepit praescribit, cum habeat scientiam rei alienae; ergo interrupta est usucapio et sic tempora non continuabuntur. Dieser sehr correcte Einwurf — vgl. das unter 3) Bemerkte — wird später verballhornt, indem statt nec qui accepit steht quia nec accepit; der Strichpunkt (:)

nach sibi ist dann durch ein Komma ersetzt und hinter accepit versetzt, so daß das Ganze sinnlos wird. — Die consequenteste Antwort auf jenes Bedenken selbst wird übrigens wol die an erster Stelle von Accursius gegebene sein, nach welcher hier keine eigentliche accessio possessionis stattfindet, sondern rupto precario fingitur iste — der precario dans — postea possedisse semper. Nicht uninteressant construirt ist jedoch auch der an dritter und letzter Stelle als eigentlich sicherste Erklärung dieses Textes von Accursius ihm untergeschobene Fall: Ich verkaufe jemand eine Sache und übergebe ihm precario possessionem, donec solveret pretium. Postea ante pretii solutionem recessimus a venditione. Dann hat der precario accipiens trotz seiner scientia rei alienae den guten Glauben haben können — da ja zu diesem Glauben an das eigene Eigenthum nicht gehört — und die vorher mitgetheilte Argumentation trifft nicht zu, vielmehr hat der accipiens (Käufer) in der Zeit, während welcher noch nicht a venditione recessum est, für sich usukapiren können, und der Verkäufer ist daher in der Lage, nach aufgelöstem Kaufgeschäfte sich dessen Ersitzungszeit zuzurechnen. Doch ist dieser casus wol allzu speciell und von Accursius auch ersichtlich nur aufgestellt, ut omnem evites oppositionem.

### e. Der Ersitzung nicht unterliegende Sachen.[1]

### §. 17.

Eine Uebersicht über die Fälle, in welchen nicht ersessen werden kann, gilt Gl. A majoribus ad leg. 11 C. de aqcu. et ret. poss. 7, 32, besonders zu Anfang. Die Glossatoren nennen

[1] Ganz eigenthümlich und von der Glosse sowie von andern Autoren abweichend ist hier die Darstellung des Placentinus. Dieser unterscheidet Hindernisse propter rationem personae und causae. Solche propter personam können wieder liegen im accipiens — mala fides, mit eigenthümlicher Begründung — oder auch im tradens, nämlich wenn dieser pupillus, prodigus etc. ist und der accipiens hiervon Kenntniß hat, also eigentlich auch mala fides. Hindernisse propter rationem causae gibt es

sämmtliche der Ersitzung im Wege stehende Umstände impedimenta usucapionis, selbst z. B. den Mangel der bona fides. Sie unterscheiden dann aber weiter impedimenta realia, der Sache anhaftende, und impedimenta personalia, in der Person des jeweiligen Besitzers liegende Hindernisse. Beide gehen über auf den Universalsuccessor, erstere auch auf den Singularsuccessor; die impedimenta realia sind diejenigen Umstände, welche wir heuzutage schlechthin als Hindernisse der Usukapion bezeichnen; von denselben haben wir hier zu handeln.

1) Gar nicht ersitzbar sind: res in publico usu [1], sei es des römischen Staates, sei es anderer Stadtgemeinden; die res sacrae ecclesiarum; die res sanctae, ut muri civitatum [2]; und schließlich wol auch die res principis; s. Gl. Romani und Civitatum ad leg. 9 D. h. t. 41, 3; Gl. Fiscali ad leg. 2 C. communia de usucapionibus 7, 30; Gl. Viam ad leg. 2 D. de via publica et itinere publ. ref. 43, 11; sowie wegen der res principis Gl. Tempora ad leg. 13 pr. D. de div. temp.

---

mancherlei; neben den gewöhnlichen vitia: si res fuerit religiosa, sacra, usibus populi exposita, persona libera, vi possessa (in Drucke fälschlich: impossessa), clandestina, furtiva — ist ganz besonders hervorgehoben als sogenanntes quasi-vitium, daß niemand usukapiren kann, qui tenetur ad rem restituendam actione personali, was dann zu eigenen Consequenzen führt, besonders auch im titulus pro herede. Hier usukapirt nämlich der heres nach Placentinus dann, wenn er nur glaubt, rem illam ex hereditate esse, ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Erblassers, aber mit Rücksicht auf die der Sache anhaftenden vitia realia: zu welchen denn nun aber auch der Umstand gehört, wenn sie a defuncto, ergo et ab ejus herede, personaliter debita sind. Diese ganze Lehre in ihren Details darzustellen ist hier übrigens nicht der Platz; bemerkenswerth ist nur, daß die Glosse ihrer gar keine Erwähnung thut. — S. Placentini Summa Cod., libr. 7, 26, ed. Schoeffer, S. 324 in med. und libr. 7, 29, S. 327; Additiones ad Comm. Bulgari in tit. D. de Reg. Jur. ad leg. 42, ed. Beckhaus, pag. 38; und Hugolini §. 315, bei Hänel, Dissensiones dominorum, S. 467.

[1] S. auch Azo, Summa Cod. libr. 7, 26 §. 12: (Res non usucapitur) propter favorem religionis; item propter publicum usum, ut in arena civitatis Veronensium.

[2] S. wegen all dieser Dinge sowol Placentini wie Azonis Summae Institutionum, libr. 2, 1 zu Anfang.

pr. 44, 3 mit Verweisung auf l. 2 C. de fructibus et salt. r. d. 11, 66, welche jedoch keine ganz klare Anerkennung dieser Regel enthält; dagegen bestimmter Gl. Remota ad leg. 1 C. ne rei dominicae 7, 38.

2) Der vorstehende Absatz bezieht sich nicht auf res fiscales und civitatum, so weit solche nicht in publico usu; und auf res templorum, soweit solche nicht sacrae sind. Im allgemeinen werden diese res fiscales, civitatum und templorum einander gleichgestellt; in den Einzelheiten aber geht die Lehre der Glosse über sie auseinander.

a. Die Sachen des fiscus und der einzelnen Staaten unterliegen, seien sie nun beweglich oder unbeweglich, oder, um in der Sprache der Glosse zu reden, handle es sich um Usukapion oder um Präscription, im allgemeinen einer Verjährung von 20 Jahren. Nur in den vier Fällen, wenn sie dem fiscus oder der civitas aus einer Erbschaft, einem Legat, einer Schenkung oder einem Kaufe zugefallen sind, läuft für sie die 40jährige Verjährung.

b) Die beweglichen res templorum und ecclesiarum werden einfach in drei Jahren usukapirt; unbewegliche Sachen derselben Art aber erst in 40 Jahren präscribirt;[1] das Privilegium einer hundertjährigen Präscriptionsfrist genießt nach Römischem Rechte keine Kirche, auch nicht die ecclesia Romana.

Diese Regeln sind eine kurze Zusammenfassung dessen, was von Accursius gelehrt wird, bei ihm aber nirgendwo zusammen, sondern stets zerstreut, in einer Masse von Einzelglossen, häufig scheinbar mit Widersprüchen, auftritt. Doch deckt sich die hier gegebene Darstellung völlig mit allen Glossen, indem sie eine Vereinigung derselben repräsentirt. Man sehe außer den unter 1 citirten Glossen noch weiter: Gl. Centum annorum ad leg. 23

[1] Ueber den besondern Fall, wenn die Präscription gegen einen Privaten begonnen hat, dann aber das Eigenthum der Sache an eine Kirche übergegangen ist, finden sich eingehende Erörterungen; s. außer den Glossen Pillius, Quaestio LXXX, durchweg mit sehr interessanten Angaben über die Stellung von Bulgarus, Johannes Bassianus, Placentinus und Hugo zu dieser Frage.

(19) pr. C. de SS. Ecl. 1, 2 und Gl. Excluduntur ad Auth. Quas actiones hinter diesem Gesetze; die Glossen ad Nov. 131, cap. 6 und Nov. 111, cap. 1; ferner Gl. Vel publicum ad leg. 4, §. 1 C. de praescr. XXX v. XL ann. 7, 39; Gl. Sacris ad leg. 9 D. h. t. 41, 3; die Glossen ad leg. 6 pr. D. de contrah. emptione 18, 1 u. a. m.; vgl. ferner bei Hänel, Diss. dom. Vet. Coll. §. 65 (S. 51) und die dort citirten Stellen.

Es ist unmöglich, hier alle diese Glossen im Detail zu besprechen, und daher soll nur so viel bemerkt werden. Zwischen Usukapion und longi temporis praescriptio wird nur so weit unterschieden, als wegen Auth. Quas actiones cit. bei res templorum eine derartige Differenz anzunehmen ist. Hauptschwierigkeit ist l. 13 pr. D. de div. temp. pr. 44, 3 cit. im Gegensatze zu l. 23 C. de SS. Ecl. cit. Nach einer Reihe von Vereinigungsversuchen kommt die Glosse auf die Erklärung, daß in l. 13 cit. gehandelt werde de praescriptione, quam fiscus objicit alii, non alius fisco; dieselbe wird aber ausdrücklich verworfen, ebenso eine weitere, l. 13 rede von delatis non quaesitis; gleiches Schicksal hat die, neben der definitiv gebilligten am meisten hervorgehobene, l. 13 rede von den res fiscales, l. 23 von den res civitatum, non Romanorum, so daß dann erstere noch mehr begünstigt wären als letztere; Placentinus hat die Lösung gegeben: l. Dig. corrigitur per illam Cod.; Martinus scheint wieder anders hierüber gedacht zu haben; ausdrücklich adoptirt ist aber von der Glosse die Theorie des Johannes Bassianus, nach welcher l. 13 D. die allgemeine Regel, l. 23 C. hingegen nur eine besondere Vorschrift für die Fälle der Erbschaft, des Legats, der Schenkung und des Kaufes geben soll. Demnach wäre das in l. 23 C. Angeordnete auch bezüglich der res templorum nur in jenen vier Fällen anzuwenden; für diese aber ist die betreffende Maßregel wieder verallgemeinert durch Auth. Quas actiones, resp. die derselben zu Grunde liegende Novelle.

Speciell die bekannten Schlußworte der Auth. Quas actiones cit. anlangend, nach welchen die römische Kirche praescriptionis C. annorum privilegio gaudet, so wird die Auth. als in Bezug

auf dieselben fälschlich[1] von Irnerius abgefaßt nachdrücklich bezeichnet in Gl. Sed Romana ecclesia, welche jedoch zugibt, daß nach canonischem Rechte die römische Kirche das betreffende Privileg genieße; s. auch die Glossen des Bulgarus bei Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. IV, Anhang 3, S. 477, Nr. 27 und S. 478, Nr. 29.

Es lohnt sich wol nicht, weiter auf die Rechtfertigung des oben kurz hingestellten Resultats einzugehen; wer sich dafür interessirt, mag die betreffenden Glossen sorgfältig vergleichen unter steter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Lehre des Accursius gemäß usucapio und longi temporis praescriptio getrennte Institute sind; so wird er sich von der Schwierigkeit der Sache und hoffentlich zugleich von der Richtigkeit des hier kurz Bemerkten überzeugen.[2]

3) Die Ersitzung kann an Sachen, deren Veräußerung verboten ist, nicht beginnen; werden die Sachen erst unveräußerlich, wenn die Ersitzung an ihnen schon begonnen hat, so läuft sie weiter. — Im allgemeinen hält die Glosse fest an der Regel: res prohibita est alienari, ergo et usucapi; s. Gl. Pupilli ad leg. 48 pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1; Gl. Alienationis ad leg. 28 pr. D. de V. S. 50, 16 und Gl. Nihil prodest ad leg. 24 pr. D. h. t. 41, 3. Hieraus folgt, daß alle Fälle des Usukapionsverbots, welche mit einem Verbote der Alienation zusammentreffen, gleichmäßig betrachtet und behandelt werden. Und da nun in l. 16 D. de fundo dotali 23, 5 allerdings für den fundus dotalis die Regel aufgestellt ist, daß, wenn seine Ersitzung schon begonnen hat, ehe er dotal wurde, diese nun trotzdem weiterlaufen

---

[1] Anderer Ansicht z. B. Placentinus, de varietate actionum 1, 4, S. 20 a. E.

[2] Im Gegensatze zu der Glosse scheint Azo bezweifelt zu haben, ob die res civitatum den res fiscales gleichzustellen seien. Denn nachdem er in §. 13 der Summa Cod., libr. 7, 26 gesagt hat: Impeditur etiam quandoque usucapio rei, quia prohibitum est rem alienari, ut in minore 25 annorum; und dann: item dici potest in rebus fiscalibus; fährt er in §. 14 eod. fort: Quod autem dictum est in rebus fiscalibus, *forte* et in rebus civitatum servabitur.

soll: so hat Accursius diese Bestimmung für alle Fälle des Veräußerungsverbots als zutreffend angenommen. Daraus folgt denn die an die Spitze gesetzte Vorschrift. Dieselbe bezieht sich näher

a. wie bereits erwähnt, auf res dotales; s. Gl. Usucapionem ad leg. 30 C. de jure dotium 5, 12 und die Glossen ad leg. 16 D. cit. Einige Schwierigkeiten macht, daß einerseits etiam post diremptum matrimonium praedium dotale esse intelligitur (s. l. 12 pr. D. de fundo dotali 23, 5) und daß doch andererseits der fundus dotalis nach Auflösung der Ehe usukapirbar wird von dem Momente an, in welchem die Ehefrau oder deren Rechtsnachfolger auf seine Herausgabe klagen können, l. 30 C. cit.; ebendieser scheinbare Gegensatz wird erörtert in Gl. Usucapionem ad leg. 30 C. cit.;

b. auf die Fälle der l. 1 C. de bonis mat. 6, 60; l. 4 C. de bon. quae lib. 6, 61; l. 1, §. 2 C. de annal. except. 7, 40, sowie Nov. 22, cap. 24 (coll. IV, tit. 1). — Hier ist nichts Specielles zu bemerken; man vgl. die Glossen zu den citirten Stellen.

c. Auf Sachen der Unmündigen. Irnerius und Albericus waren der Ansicht, gegen Unmündige sei nur die longi temporis praescriptio, nicht die usucapio verboten gewesen; anders Azo[1] und die Glosse; s. Gl. Pupilli ad leg. 48 pr. D. cit., und vgl. auch z. B. die elegante Glosse Et ego ad leg. 10 pr. D. quemadmodum servitutes 8, 6. Die Quellenstellen, welche die Usukapion einer einem Pupillen gehörigen Sache als möglich behandeln, erklärt die Glosse als auf den Fall bezüglich, daß die Sache nur vermeintlich im Eigenthume des Pupillen stehe. — Wenn nun aber schon aus dem Veräußerungsverbote für Sachen der Pupillen deren Unersitzbarkeit folgt, wozu dann noch l. 5 C. in quibus causis 2, 41? Mit dieser Frage beschäftigt sich Gl. Quaerere ad hanc leg. und hier findet sich denn die berüchtigt gewordene Antwort: vel secundum Placentinum biberat hic Justinianus et non recordabatur de illis legibus. Daß das Krasse dieses Ausdrucks daher entstanden, daß die ursprüngliche Wendung

---

[1] S. Azonis Brocardica, Rubr. IX de usucapionibus, i. m. A. S. 103.

des Placentinus „de letheo fonte potasse" um das Charakteristische, den Lethe, verkürzt worden ist, hat schon Savigny[1] gegen Berriat-Saint-Prix (S. 294) bemerkt. Wenn aber Savigny meint, diese Veränderung eines „schwülstigen, unedeln" Ausdrucks in eine „unerträgliche Plattheit" sei von Accursius entweder aus Unwissenheit oder in der Absicht, durch einen schlechten Spaß dem Leser Freude zu machen, vorgenommen worden, so möchte doch noch ein Drittes denkbar und sogar wahrscheinlicher sein.

Es dürfte hier sich empfehlen, etwas weiter auszuholen. Schon häufig ist uns der Fall begegnet, daß Accursius bei verschiedenen Ansichten der Glossatoren der Lehrmeinung des Johannes Bassianus oder des Azo, welche beide letztern selbst wieder häufig miteinander übereinstimmten, gefolgt ist. Johannes Bassianus aber war der Lehrer des Azo, Azo Lehrer des Accursius. Lehrer des Johannes Bassianus selbst war Bulgarus; haben wir nun freilich eine Uebereinstimmung des Accursius mit Bulgarus nicht so häufig wahrzunehmen Gelegenheit gehabt, so liegt dies doch blos daran, daß uns so wenig von Bulgarus erhalten ist und daß Bulgarus von Accursius seltener direct benutzt, daher auch seltener angeführt wird; denn schon aus den Noten, welche Beckhaus in seiner Ausgabe des Commentars des Bulgarus zum Titulus de Regulis Juris unter den Text gesetzt hat, ergibt sich, wie häufig die glossa ordinaria mit diesem Texte zusammentrifft. Und so kommen wir denn zu dem Resultat, daß als häufig wiederkehrende und für die Glosse hochwichtige Autorenreihe aufzustellen ist: Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo, Accursius. Bestätigt wird dieses Resultat durch die Vergleiche, welche zwischen ältern handschriftlichen Glossensammlungen und der Accursischen Compilation angestellt werden können; hier zeigt es sich auf das evidenteste, daß besonders Azo dem Accursius als Grundlage gedient hat und daß er diesem fast durchweg gefolgt ist; dies festgestellt zu haben ist das Verdienst des Prodromus Corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio Professoribus Tubingensibus edendi (Berlin 1823, S. 231—243). Der Mehrzahl der übrigen

[1] Gesch. des Röm. Rechts in M.-A. V, 288, Anm. 1.

Glossatoren eine bestimmte Stellung zu dieser Reihe anzuweisen, ist kaum thunlich;[1] Jacobus, Hugo, Albericus, Pillius, Hugolinus und andere finden sich bald auf Seiten unserer vier Autoren, bald stehen sie ihnen entgegen. Nur von zweien läßt sich etwas Bestimmteres behaupten: besonders häufig nämlich weichen von der Meinung unserer vier Autoren ab Martinus und Placentinus; ja, diese bieten Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo gegenüber so viele und so auffällige Unterschiede, daß ein gewisser principieller Gegensatz schließlich nicht zu verkennen ist. Nun ist aber Placentinus wahrscheinlich Schüler des Martinus gewesen; und so ständen wir demnach doch wieder vor der alten Lehre von einem Schulstreite zwischen Bulgarus und Martinus, s. oben S. 16 fg. Keineswegs soll hiermit die längst todte Sektengeschichte wieder ins Leben gerufen oder von einer völlig geschlossenen Gegenüberstellung der Schulen des Martinus und des Bulgarus geredet, noch behauptet sein, daß ein etwa vorhandener derartiger Gegensatz jemals zum formalen Ausdrucke gekommen wäre; andererseits aber scheint Savigny, s. die oben loc. cit. angeführten Stellen, doch auch zu gering von der hierüber doch unstreitig einmal bestehenden Tradition gedacht zu haben. Nimmt man nämlich zu dem bisher Bemerkten noch hinzu, daß in der Glossatorenliteratur die Wendungen Gosiani und Bulgariani häufig vorkommen, Wendungen, die doch für eine derartige Schulopposition beweisen (s. Savigny, Gesch., IV, 127 und V, 245, Anm. a, sowie S. 646); daß auch von Azo, Lectura in Cod. ad leg. 11, C.

[1] Sarti, De claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus tom. I, pos. I, pag. 30 seq., stellt, bei Gelegenheit der dem Bulgarus ertheilten Lobsprüche, freilich die Autorenreihe auf Bulgarus, Johannes, Azo, Jacobus Balduini, Odofredus. Bis auf Azo stimmt er also mit dem hier Gesagten überein; daß Jacobus Balduini Schüler des Azo war, ist allerdings richtig, s. aber über die Streitigkeiten zwischen beiden Savigny V, 106; und genau dasselbe Verhältniß liegt dann weiter vor zwischen Jacobus Balduini und Odofredus, s. Savigny V, 358. Da infolge dieses Umstandes die ganze betreffende Notiz des Sarti nicht recht zuverlässig erscheint, so kann auf dieselbe auch als Beweis für die im Text erörterte Ansicht, so weit sie mit derselben übereinstimmt, kein besonderes Gewicht gelegt werden. Daß Accursius und Odofredus in einer gewissen Gegnerschaft gestanden haben, ist bekannt; s. z. B. Savigny V, 287.

7, 32, §. 1 sowol, wie ad leg. 8, C. 3, 42, §. 3 der Ausdruck Nostri Doctores verwendet wird; und daß es schließlich ja ganz natürlich ist, wenn sich zwischen gleichbedeutenden, aber nicht gleichgesinnten, zu derselben Zeit an demselben Ort lehrenden Juristen wie Martinus und Bulgarus eine gewisse stille Nebenbuhlerschaft bildete, welche dann von ihren Schülern fortgesetzt wurde: so dürfte wol allseitig zugegeben werden, daß, wenn auch nicht gerade ein Widerstreit zwischen zwei „Sekten", so doch eine gewisse, vielleicht nur still fortglimmende Schulfeindschaft innerhalb der Glossatorenschule bestanden hat.

Unzweifelhaft war hierbei die Schule — wenn man mir diesen Ausdruck, ohne gleich an völlige Ausbildung des Gegensatzes zu denken, gestatten will — des Martinus die weniger geschlossene und gesicherte; Martinus und Placentinus stimmen durchaus nicht immer überein; und überhaupt war Placentinus nicht der Mann, welcher sich einem Lehrer untergeordnet hätte. Ein scharfer logischer Kopf, aber ein nicht bequemer Charakter, auch in der Wissenschaft geneigt, seine eigenen Wege zu gehen: so erscheint er uns nicht nur aus der Glosse des Accursius, sondern auch aus seinen eigenen Werken; er ist bei seinen Collegen nie beliebt gewesen (s. Savigny IV, 225, Note b), und stand besonders mit dem wissenschaftlich ihm gleichstehenden, aber offenbar weit besonnenern und mehr an der Autorität hängenden Johannes Bassianus auf gespanntem Fuße (s. Savigny IV, 291). Dagegen ist zwischen Bulgarus, Johannes, Azo, Accursius die Gemeinsamkeit schon in der Weise unverkennbar, wie sie ihre Meinungen gegenseitig schonend behandeln, wenn sie einmal voneinander abweichen, und wie dann die Theorie des Folgenden meist doch nur als weitere Entwickelung, selten geradezu als Gegensatz der Theorie des Vorhergehenden erscheint; wobei für Accursius noch charakteristisch ist, daß er häufig den Schritt, welchen Azo über Johannes hinaus gethan hat, wieder zurückschreitet und sich dem letztern anschließt.

Bestand nun einmal ein derartiger, vielleicht nur latenter Schulneid, so mußte derselbe frische Nahrung dadurch erhalten, daß die Hauptkämpen der verschiedenen Richtungen in zwei Haupt-

werken dasselbe Thema behandelten; besitzen wir doch eine Summa Codicis von Placentinus wie von Azo.[1] Es ist klar, daß diese beiden Summen sich gegenseitig Concurrenz machen, ja um die Herrschaft der Autorität geradezu miteinander in Kampf gerathen mußten. In diesem Kampfe hat Azo den unbestrittenen Sieg davongetragen; sei es durch größere Klarheit, sei es durch richtigere Auffassung, sei es schließlich auch durch die Beihülfe seines Schülers, des Accursius. Hervorgehoben ist nämlich schon, daß dieser durchaus nicht, wie z. B. Brunquell meint (s. oben S. 18), in der Mitte zwischen den Parteien steht, sondern der Bulgarinischen Richtung angehört. Freilich findet man oft Stellen in der glossa ordinaria, welche auf Placentinus beruhen; und dies beweisen unter anderm auch die Noten von Beckhaus zu den Zusätzen des Placentinus zum Commentar ad Titulum de R. J. von Bulgarus; aber Derartiges ist doch äußerst selten. Dagegen ist sehr oft in der glossa ordinaria Placentinus ganz vernachlässigt, oder auch er wird, wie Martinus, mit tadelndem Zusatze angeführt; dem Martinus wird dann regelmäßig, wie schon erwähnt, seine übertriebene Billigkeit, dem Placentinus werden seine Singularitäten vorgeworfen; das ist es, worauf früher schon einmal hingewiesen wurde (s. oben S. 54), wenn bemerkt wurde, Accursius sei bei seiner Sammlung nicht ganz ohne Parteilichkeit verfahren.

Kommen wir jetzt auf den Fall, von welchem wir ausgegangen sind, nämlich den der Gl. Quaerere cit. mit ihrer Wendung .. vel secundum Placentinum biberat hic Justinianus .. zurück, so liegt die Erklärung nahe, daß diese Ansicht des Placentinus von Accursius, sei es nun, indem er sie absichtlich noch entstellte, sei es, indem er den Zusatz „de letheo fonte" mehr aus Nachlässigkeit wegließ, aus Gehässigkeit gegen Placentinus aufgenommen ist; eine Gehässigkeit, welche sich freilich schwer an ihm gerächt hat, indem man meist — und mit Recht, wie sich

---

[1] Ersterer hat dem Gegensatze auch dadurch Ausdruck gegeben, daß er zu Bulgarus' Commentar ad tit. D. de Regulis Juris seine Additiones sive *Exceptiones* geschrieben hat.

nunmehr ergibt — nicht den Placentinus, sondern die glossa ordinaria und ihn, Accursius, für die „unerträgliche Plattheit" verantwortlich gemacht hat.

Was nun die eigentlich von Gl. Quaerere cit. behandelte Frage angeht, so versteht es sich von selbst, daß Accursius die hier bisher besprochene Antwort nicht als die richtige geben wollte. Vielmehr meint er schließlich, es sei nöthig gewesen, das Verbot der Usukapion von Pupillensachen einmal speciell und ausdrücklich auszusprechen, da doch jene Regel: quod alienari prohibitum est, nec usucapi potest, allzu allgemein und auch nicht stets so absolut zuverlässig sei; es liegt hierin eine Andeutung beginnender Erkenntniß, daß die Verbote der Veräußerung und der Ersitzung sich doch nicht so genau decken.

Uebrigens ist aus l. 5 C. cit. doch noch von der Glosse eine praktische Folge gezogen worden; denn sie hat auf Grund derselben die Frage angeregt, ob nunmehr nicht ausnahmsweise, wenn die Sache früher einem Großjährigen gehört und infolge dessen die Ersitzung schon begonnen habe, diese während der Zeit, in welcher die Sache einem Minderjährigen gehört, mindestens ruhen müsse (s. Gl. Amisit ad leg. 45 pr. D. de minoribus viginti quinque annis 4, 4), was von Accursius schließlich bejaht wird, s. Gl. Aliqua impubes ad Nov. 22, cap. 24 cit.

d. Von einem Verbote der Ersitzung für Sachen von Wahnsinnigen und Abwesenden weiß die Glosse nichts; dieselbe bezieht l. 4 C. quibus non objicitur 7, 35 vielmehr ganz richtig auf die Restitution, wie sich schon daraus ergibt, daß sie von l. 4 auf l. 26, §. 9 D. ex quibus causis majores XXV annis in integrum restiuantur 4, 6 verweist. Positiv wird von der Regel, daß Unveräußerbares auch unersitzbar sei, die res litigiosa ausgenommen; s. Gl. Alienationis ad leg. 28 pr. D. de V. S. 50, 16.

Im großen und ganzen scheinen die in diesem Paragraphen dargestellten Lehren der Glosse wol zu dem Schwächsten zu gehören, was sie bietet; auffallend ist dabei, daß gerade im Gegensatze zu demjenigen, was man wol allgemein annimmt, die Glosse sich hier auf einem Gebiete, innerhalb welchen es sich um Zusammenstellung von Kleinigkeiten, einzelne Interpretationen und Deutungen

handelt, von besonders geringem Werthe zeigt, während sie bei Erörterungen mehr principieller Natur bisher durchweg uns nur einer historisch-vernünftigen Kritik gegenüber Anerkennenswerthes gezeigt hat. Die Folgerung, daß die Glossatoren doch wol mehr sich um das Innere und das Wesen des Rechts gekümmert haben müssen, als dies bisher anerkannt wurde, wird noch bestärkt durch die Wahrnehmung einerseits, daß in dem oben Erörterten vielfach gerade das Streben, eine allgemeine Regel[1] aufzustellen, wo das Römische Recht keine hat, die Irrthümer veranlaßt hat, andererseits, daß, wenn wir nun wieder Gebiet betreten, auf welchem auch in den Quellen die juristische Consequenz eine größere Rolle spielt, sich gleichzeitig die Leistungen der Glossen bedeutend heben.

## §. 18.

(Fortsetzung.)

1) In vollständig richtiger und passender Weise werden von Gl. A majoribus cit. (ad leg. 11 C. 7, 32) zusammengestellt die Usukapionsverbote für

res furtivae,
res vi possessae und
res praesidi provinciae contra legem Juliam repetundarum datae.

Wir behandeln unter a diese vitia selbst, unter b ihre purgatio.

a. Infolge der Art und Weise, in welcher die Sache dem Eigenthümer abhanden gekommen ist, wird dieselbe zu einer vitiösen:

*α.* wenn sie gestohlen ist; s. zunächst die Glossen ad §. 2 J. h. t. 2, 6. Nicht als res furtiva wird gemäß l. 4, §. 21 D. h. t. 41, 3 die vom Eigenthümer dem Pfandgläubiger entwendete Sache betrachtet; s. Gl. Posse und Gl. Furti agi potest ad h. leg. Der Widerspruch mit l. 49 D. eod. wird dadurch beseitigt, daß angenommen wird, hier sei der verpfändende Theil nicht Eigenthümer gewesen;[2] und dann lag es nahe, auch l. 6 C. pro empto

[1] Die oben unter Nr. 3, S. 200 gegebene ist gemeint.
[2] Ebenso Vangerow, Pandekten, §. 317, Anm., B 4a, S. 587 a. E.



7, 26 eben auf diese Weise zu erklären; s. die Glossen zu diesen Stellen und Gl. Posse cit., sowie auch Gl. Surripuero ad leg. 5 D. pro empto 41, 4. Nicht furtiv sind ferner auch die Früchte der gestohlenen Sache, sofern sie nicht der Dieb selbst percipirt; nur Thierjunge dürfen beim Diebe nicht einmal concipirt sein, wol dagegen beim Erben des Diebes. S. Glossen ad leg. 4, §. 19 D. h. t. 41, 3; Gl. Item et in pecudibus ad leg. 48, §. 5 D. de furtis 47, 2; Gl. Et partum ad leg. 10, §. 2 D. h. t.; und Gl. Partum ad leg. 26 D. de V. S. 50, 16.

β. Res vi possessa ist diejenige, welche von einem solchen in Besitz genommen ist, welcher den rechtmäßigen Besitzer mit Gewalt aus dem Besitze entfernt hat; d. h. die vis muß nicht nur compulsiva, sondern auch expulsiva gewesen sein[1], und derjenige, welcher sie angewendet hat, muß sich auch in Besitz gesetzt haben. Fehlt eins dieser Erfordernisse, so wird die Sache nicht vitiös. Diese recht gelungenen näheren Bestimmungen geben Gl. Vi und Gl. Vi possessarum ad §. 2 Inst. h. t. 2, 6; ebenso die häufiger citirte Gl. A majoribus; s. auch noch Gl. Possessionem ad leg. 4, §. 26 D. h. t. 41, 3.

γ. Bezüglich der res praesidi provinciae contra legem Juliam repetundarum oblatae ist nur zu bemerken, daß Gl. Vel praetori ad leg. 8 pr. D. ad legem Juliam rep. 48, 11 erweiternd bemerkt: vel alii judici.

b. Alle diese Sachen sind nun vitiös, d. h. ihre Ersitzbarkeit ist ausgeschlossen, bis das ihnen anhaftende vitium purgirt ist; purgirt ist es, wenn die Sachen in die Gewalt des Eigenthümers, resp. des Schenkers zurückgekehrt sind; wegen dieses letztern s. Gl. Factas ad leg. 8 pr. D. cit. 48, 11. Da die Glosse meint, dadurch, daß der Eigenthümer seine verpfändete Sache entwende, werde sie nicht furtiv, kann sie gar nicht in die Lage kommen, sich zu fragen, ob es für diesen Fall genüge, wenn die Sache in die Gewalt des Pfandgläubigers zurückkehre; sie hält demgemäß denn auch strenge daran fest, daß res in potestatem *domini* reverti debet: wenigstens für die res furtiva. Anders für die

---

[1] Keineswegs genügt justus metus.

res vi possessa; bei dieser genügt es, wenn sie in die Gewalt des aus dem Besitze gewaltsam entfernten gutgläubigen Besitzers zurückkehrt. Auf diese Weise wird dann zugleich der Widerspruch zwischen l. 6, §. 3 D. de precario 43, 26 und den übrigen hierhergehörigen Stellen gelöst; s. Gl. Possidere ad leg. 6, §. 3 D. cit. und Gl. Creditori surrepta est ad leg. 4, §. 6 D. h. t. 41, 3. Demnach liegt hier für die Glosse ein Unterschied zwischen res furtivae und vi possessae vor, für welchen übrigens eine ratio nicht angegeben wird; die übrigen Punkte sind beiden Arten von Sachen gemeinsam. Auf die dem praeses provinciae geschenkten Sachen und die purgatio ihrer Vitiosität wird sich auch nach Ansicht der Glosse das nun zu Bemerkende analog ausdehnen lassen. Es sind nämlich zwei Punkte noch etwas ausführlicher zu behandeln.

*α.* Die Sache muß in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sein; einerseits so, ut avelli non possit; andererseits genügt es aber auch si rei vindicandae potestatem habuerit et dimittere voluerit accipiendo litis aestimationem, wie Gl. Habuerit ad leg. 215 D. de V. S. 50, 16 zusetzt; und daher nota: quandoque non redit in possessionem et tamen in potestatem; quandoque redit in possessionem, non tamen in potestatem. S. Gl. Non possit ad leg. 4, §. 12 D. h. t. 41, 3.

*β.* Muß der Eigenthümer Kenntniß davon haben, daß die Sache in seine Gewalt zurückgekehrt ist? Ja, wenn er auch von der Entwendung wußte, sonst nicht. Eine sehr schöne Uebersicht liefert Gl. Reversam ad leg. 4, §. 9 D. h. t. 41, 3 mit besonderer Rücksicht auf die res peculiares; richtig interpretirt werden die Worte: Etiam si sciero in leg. 4, §. 7 D. h. t., s. Gl. Etiam ad hanc leg.; vgl. ferner Gl. Me ignorante, Gl. Nactus sim ebend. und Gl. Sive sciente ad leg. 4, §. 10 D. h. t. 41, 3. Accursius ist hier gefolgt dem Johannes Bassianus und dem Azo, mit welchen auch Albericus im allgemeinen übereingestimmt zu haben scheint; ganz anders dagegen Placentinus, Summa Cod., libr. 7, 26, S. 324 oben, mit gerade entgegengesetzter Interpretation der l. 4, §. 9 und 10 cit.

2) Als ganz eigenartige Ausnahme gilt die Vorschrift, daß, wenn

ein malae fidei possessor Immobilien veräußert, ohne daß der Eigenthümer darum weiß, diese erst usukapirt werden können, wenn der Eigenthümer von ihrem Verbleib Kenntniß erhalten hat. S. Gl. A majoribus cit. Hat aber der Herr Wissenschaft erhalten, so kann die Ersitzung sofort beginnen, s. Gl. Ignoret ad Auth. Malae fidei nach l. 1 C. de praescriptionibus longi temporis 7, 33.

3) Wegen des von Justinianus in l. 3, §. 3 C. communia de legatis 6, 43 eingeführten Hindernisses der Ersitzung verweist Gl. Longi temporis ad hanc leg. auf l. 7, §. 4 C. de praescriptione XXX vel XL annorum, 7, 39.

4) Bei Grenzstreitigkeiten wird die Berufung auf die ordentliche Ersitzung nicht zugelassen; mit einem leicht zu beseitigenden contrarium beschäftigt sich Gl. Sed triginta tantum annorum ad leg. 6 C. fin. reg. 3, 39.

## §. 19.

### 3. Die außerordentliche Ersitzung.

1) Ist schon die longi temporis praescriptio nach der Theorie der Glossatoren einer einfachen Klageverjährung sehr nahe gerückt, so wird bei der longissimi temporis praescriptio erst recht fest daran gehalten, daß es sich eigentlich nur um die gewöhnliche 30jährige Verjährung handelt; sowol in den Monographien über Verjährung wie in der Glosse findet sich daher auch die longissimi temporis praescriptio mit der Klageverjährung vielfach ganz zusammengeworfen. Demgemäß soll dann derjenige, welcher longissimo tempore präscribirt hat, gegen den wahren Eigenthümer die rei vindicatio utilis mit Erfolg nicht haben; allerdings steht ihm, wenn er den Besitz verloren hat, eine solche Klage gegen jeden Dritten zu; und allerdings kann er, so lange er noch im Besitze ist, gegen den Eigenthümer sich durch die Einrede schützen; aber demselben die Sache wieder abzunehmen, wenn er außer Besitz gekommen ist, dazu ist er nicht im Stande.[1]

---

[1] Eine weitere Frage ist, ob derjenige, welcher longissimo tempore

Dies wird deducirt aus der Wendung „ita tamen" in l. 8, §. 1 C. de praescriptione XXX vel XL annorum 7, 39, indem sich das von ihr eingeleitete Satzglied auf malae und bonae fidei Besitzer beziehen müsse; wenn es nämlich nur auf den malae fidei Besitzer sich beziehe, der ja gegen niemand vindiciren kann, so läge gar kein richtiger Gegensatz vor; s. Gl. Uti, Gl. Ita tamen und Gl. Tempore habuit ad leg. 8, §. 1 cit. Accursius hat sich mit dieser seiner Ausführung der Lehre des Johannes Bassianus und des Azo im Gegensatze zu derjenigen des Placentinus angeschlossen. S. Hugolini §. 329 bei Hänel, Diss. dom. S. 475; Azo, Summa Cod., libr. 7, 39, §. 13 und Placentinus, Summa Cod., libr. 7, 36 ed. Schöffer, Z. 26 v. o.[1]

2) Dagegen ist für die longissimi temporis praescriptio ein titulus nicht nothwendig und unterliegt dieselbe blos den Vorschriften der Klageverjährung, nur daß bona fides zum Besitze hinzutreten muß; s. Gl. Tenuerit ad leg. 8, §. 1 cit. Sie ist auch möglich an Sachen, welche von der praescriptio ordinaria ausgeschlossen sind; so an res furtivae, s. Gl. Praedicto longo tempore ad §. 2, J. h. t. 2, 6, und an den vom malae-fidei-Besitzer ohne Wissen des Eigenthümers veräußerten Immobilien, s. Gl. Ignoret ad Auth. Malae fidei nach l. 1 C. de praescription. 7, 33.

3) Unterbrochen wird die longissimi temporis praescriptio schon durch die Mittheilung der Klage an den Beklagten: ein Punkt, welcher bei den Glossatoren streitig war, aber von Accursius in der angegebenen Weise entschieden ist. Es vermischt sich diese mit einer andern Streitfrage, nämlich der, ob zufolge der Auth. Offeratur ad leg. unic. C. de litis contestatione 3, 9

---

ersessen, dann den Besitz an den Eigenthümer verloren und ihn schließlich wiedererlangt hat, sich nunmehr gegen den vindicirenden Eigenthümer mit seiner frühern praescriptio longissimi temporis schützen kann; Pillius, Quaestio CXXXVI (in der Solutio), meint, dies sei angängig, eine — meiner Ansicht nach — inconsequente Entscheidung.

[1] Ebendort Z. 27 muß jedenfalls statt XX gelesen werden XXX; über die häufigen Druckfehler in dieser Ausgabe s. Savigny IV, 272, Anm. c.

(Nov. 53, cap. III) und besonders ihrer Schlußworte wegen für den Fall, daß eine litis contestatio zur Unterbrechung nöthig wäre, diese ganz rite in aller Form geschehen sein muß, um die Unterbrechung zu bewirken. S. Gl. Pro nihilo ad Auth. cit.; Gl. Per executorem ad leg. 3, §. 1 C. de pr. XXX etc. 7, 39; Gl. Solam conventionem ad leg. 7 pr. C. eod.; Hänel, Diss. dom. Cod. Chis. §. 41 (S. 146), Hugolinus §. 125 (S. 356 fg.); Pillius, de ordine judiciorum, Pars II, §. 6 ed. Bergmann, S. 27, Z. 5 fg. und Quaestio LXXV durchweg.

Irnerius verlangte zur interpellatio auch der longissimi temporis praescriptio mindestens eine oblatio libelli, wahrscheinlich aber auch, so viel aus dem uns über ihn Erhaltenen ersichtlich, geradezu eine litis contestatio; und zwar dann eine völlig formale, „congrua" heißt es im Cod. Chisanus und bei Hugolinus. Dem widersprach Albericus, indem er behauptete, die extraordinaria praescriptio werde unterbrochen schon durch conventio per executorem facta; da sie demnach jedesmal zur Zeit der Litiscontestation schon interpellirt sei, so sei es müßig, zu fragen, ob die Lit. Cont. eine ganz formal vorgenommene sein müsse oder nicht. — Im allgemeinen ist die Glosse der Ansicht des Albericus, welche bei den Spätern überhaupt die vorherrschende gewesen zu sein scheint, s. Azo, Lect. in Cod., ad leg. 10 C. 7, 32, §. 4; es kann jedoch der Fall eintreten, daß eine Lit. Cont. ohne vorhergegangene conventio stattfindet, etwa wenn Parteien freiwillig vor Gericht erscheinen. Dann ist es also die Litiscontestation, welche die Präscription unterbricht, und dann soll nun wieder die Lehre des Irnerius zu ihrem Rechte kommen: damit jene Wirkung stattfinde, muß die Form der Litiscontestation den Vorschriften der Auth. Offeratur cit. entsprechen.

Uebrigens ist auch im gewöhnlichen Falle vorhergegangener conventio die rite vollzogene Lit. Cont. von einer gewissen Bedeutung, s. Gl. Solam conventionem cit. und Azo loc. cit. Bleibt nämlich die Sache nachher wieder liegen, so tritt, wenn eine Litiscontestation, also eine Handlung vor dem Richter stattgefunden hat, eine neue Verjährungsfrist von 40 Jahren ein; s. oben §. 15 unter 3, S. 191; hat hingegen der Kläger den Beklagten

nur laden lassen, so beginnt allerdings auch eine neue Verjährung, aber nur mit der gewöhnlichen dreißigjährigen Dauer.

Schwierigkeiten, welche sich aus der dargestellten Ansicht des Accursius in Bezug auf l. 23 §. 4, l. 24 D. ex quibus causis majores 4, 6 und auf l. 3 pr. D. de eo, per quem 2, 10 ergeben, finden ihre angemessene Lösung in Gl. Per executorem cit.

## §. 20.

## F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen.

Quod nullius est, occupantis fieri videtur. Von diesem Satze ausgehend entwickelt die Glosse ihre ganz besondere Ansicht über res sacrae, publicae, communes, nullius. Hauptstellen sind Gl. Conceditur ad leg. 3 pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1 und Gl. Item ad leg. 3 D. de div. rerum et qual. 1, 8. Um welche Fragen es sich bei dieser Lehre handelt und wie dieselben ihre Erledigung finden, ist jedoch schon meisterhaft kurz bemerkt bei Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, III, 210, Anm. 68 unter Anknüpfung an die Glossen zu §. 5 J. de rer. div. 2, 1; man vergleiche etwa noch die sehr ausführlichen Erörterungen in den Institutionen-Summen sowol von Placentinus wie von Azo zu Anfang des Buches 2, Titel 1. Da es nun auch unsere Aufgabe hier nicht ist, diese Materie zu erschöpfen, so mögen folgende, besonders hierhergehörige Bemerkungen genügen.

Nicht verstanden unter den res nullius, welche der an die Spitze gesetzte Satz behandelt, sind die res nullius, quae nunquam ullius esse possunt, also doch die eigentlichen res nullius. Dagegen gehören ganz besonders hierher die res communes, denn diese sind solche, quae, cum sint in communi usu omnium animantium, occupanti conceduntur; eine besondere Lehre mit weiterer Unterscheidung, welche Placentinus aufgestellt hat, wird ausdrücklich verworfen. Occupirbar sind demnach

1) alle res communes, und
2) diejenigen res privatae, welche momentan gerade keinen Eigenthümer haben.

Gehen wir nunmehr zu den Einzelheiten über.

1) Alle Producte des Meeres sind occupirbar; Gl. Inventoris ad §. 18 J. h. t. 2, 1 verlangt bei der gemma mit Hervorhebung des Gegensatzes zum Schatze eine besondere Besitzergreifung. Hierher gehört auch die im Meere entstandene Insel; ihr stellt die Glosse, s. z. B. Gl. Nullius enim ad leg. 7 §. 3 D. h. t. 41, 1, die im Flusse entstandene Insel gleich, wenn diese beiderseitig zwischen agri limitati liegt. Ebenso ist denn auch occupirbar, was einem limitirten Acker angeschwemmt wird, s. Gl. Si limitati ad leg. 1 §. 6 D. de fluminibus 43, 12, welche verweist auf l. 16 D. h. t. 41, 1, in welch letzterer von der Alluvion bei den agri limitati die Rede ist. Hier finden wir denn schließlich auch die Ansicht der Glosse darüber, was ein ager limitatus eigentlich ist: nämlich ein ager militaribus assignatus, s. Gl. In agris ad hanc leg., wobei als Grund der Alluvions-Unmöglichkeit die feste Grenzregulirung eines derartigen Ackers angegeben wird, s. Gl. Ut sciretur ad hanc leg.

2) Bei Thieren unterscheidet Gl. Talis regula ad §. 15 J. h. t. 2, 1 drei Arten: Bestiae prorsus ferae, naturaliter ferae sed accidentaliter mansuetae, mansuetae. Hiermit ist denn das Weitere klar gegeben und auch l. 44 D. h. t. 41, 1 wird nun sehr leicht zu erklären, s. Gl. Recuperari posse ad hanc leg.; in dem Falle, daß eine bestia non mansueta unserm Gewahrsam entgeht, bedeutet eben die Wendung ita, ut non recuperari possit etwas ganz anderes als sonst. Uebrig bleiben zwei besondere Fragen:

a. Der in §. 13 J. h. t. 2, 1 und l. 5 §. 1 sowie l. 55 D. h. t. 41, 1 behandelte Fall. Der Meinung des Trebatius, das Thier sei im Eigenthum des Netzestellers, sobald es fest im Netze sitze, etwa noch mit weitern Unterscheidungen wegen des Ortes, an welchem das Netz aufgestellt ist, scheinen gewesen zu sein Martinus, Azo und Hugolinus; der von der Glosse approbirten entgegengesetzten Ansicht Bulgarus, Rogerius, Johannes Bassianus und wol auch Hugo, trotz Cod. Chis. §. 169, Hänel, Diss. dom., S. 246. Noch härter gegen den Aufsteller der Schlingen als Bulgarus, der diesen doch Eigenthümer werden ließ, sobald er ganz nahe heran ist und den gefangenen Eber

sehen kann, war Irnerius, s. Gl. Meam potestatem ad leg. 55 cit. i. f.[1]; auch in diesem Detail schließt Accursius sich Bulgarus an. Bekannt ist, wie Bulgarus einmal im praktischen Leben seiner Lehre gemäß zu handeln aus Billigkeitsgründen unterlassen hat; s. Savigny, Geschichte, IV, 91—92, Anm. d. Ueberhaupt scheint ein dem Römischen Recht entgegenstehendes Gewohnheitsrecht in Italien geltend gewesen zu sein; dieses stützte sich auf die in Gl. Quod verius est ad leg. 5 §. 1 D. h. t. vorgetragene Bestimmung der Lombarda[2], citirt als de venatoribus l. penultima, nämlich Lombarda I, 22 (de venatoribus et damno, quod per eos acciderit) 6 (ed. Roth. 314), s. auch die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus, lib. 1, tit. 22 i. f., ed. Anschütz, S. 48.

b. Fällt das auf fremdem Grund und Boden occupirte Thier, trotz eines etwa vorher an den Occupirenden ergangenen Verbotes, diesen Grund und Boden zu betreten, in das Eigenthum des Occupirenden? Diese Frage bejaht ausdrücklich mit ausführlicher Begründung die Glosse ad leg. 16 D. de serv. pr. r. 8, 3; und auf diese beziehen sich weiterhin Gl. Prohiberi ad leg. 3 §. 1 D. h. t. 41, 1; Gl. Diximus ad leg. 5 §. 2 D. h. t.; Gl. Quis agrum alienum ad leg. 13 §. 7 D. de injuriis et famosis libellis 47, 10; mit ihr stimmt auch überein Gl. Praevideris ad §. 14 J. h. t. 2, 1. Dagegen sagt allerdings Gl.

---

[1] Für den Autor dieser schärfsten Lehrmeinung findet sich in spätern Drucken die durchaus unverständliche Sigle Vin. Die ältern Drucke geben Gui, und Vin. ist hieraus offenbar corrumpirt. Aber auch Gui ist eine sonst unbekannte Sigle. Wilhelmus de Cabriano, an welchen man zunächst denkt (Guilelmus), kann sie nicht bezeichnen, denn dieser hat stets die Sigle W. (s. Savigny, IV, 237); Guarnerius ist aber eine Namensform, welche sich für Irnerius häufig findet; ein Uebergang zwischen Guarnerius und Irnerius wäre Guirnerius. Danach glaube ich, daß die Sigle Gui, welche ich sonst gar nicht zu deuten wüßte, hier Irnerius bezeichnet.

[2] Quando fera intelligatur esse venatoris. Si cervus aut qualibet fera ab alio hominem sagittata fuerit, tamdiu illius esse intelligatur, qui eam sagittavit, usque ad aliam talem horam diei aut noctis, id est oras viginti quattuor, quo eam posposuit et se turnavit. Nam qui eam post transactas praedictas horas invenerit, non sit culpavelis, sed habeat sibi ipsa fera.

Ingreditur ad §. 12 J. h. t.: si post prohibitionem quid ceperit, non facit suum. Doch ist diese nur einmal vorkommende, nirgendwo weiter citirte, selbst schon in der Glosse ad §. 14 J. eod. wieder verleugnete Ansicht sicherlich nicht als diejenige des Accursius, sondern nur als irgendeine ältere, irgendwie zufällig in die Glosse gerathene Meinung zu betrachten. In mehreren der vorerwähnten Glossen wird weiterhin auch dem Eigenthümer des Bodens das Recht abgestritten, den, welcher etwa trotz des Verbotes fremdes Gebiet betreten und Sachen dort acquirirt hat, ebendort pfandweise zurückzuhalten, bis er sie wieder herausgebe: offenbar einer dies gestattenden germanisch-longobardischen Rechtsanschauung gegenüber.[1]

3) Derelinquirte Sachen. Wir haben schon früher einmal bei Gelegenheit des jactus missilium Gelegenheit gehabt, zu besprechen, wie die Glosse zwischen diesem und der Occupation einer infolge Dereliction herrenlos gewordenen Sache unterscheidet. Uebrigens gehört zum Eigenthumsverlust durch Dereliction nicht blos der animus derelinquendi, sondern auch ein factisches Aufgeben der Innehabung; während der Besitz durch jede Bethätigung des animus derelinquendi verloren geht. S. Gl. Desinit ad §. 47 J. h. t. 2, 1 und die sehr feine Gl. Non vult ad leg. 17 §. 1 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2. — Wohl zu unterscheiden von derelinquirten sind verlorene Sachen; wer diese findet und behält, begeht ein furtum. Wie es den griechischen Worten in den Pandekten ergangen ist, dafür gibt ein interessantes Beispiel l. 43 (44) §. 9 D. de furtis 47, 2, wo von dem Lohn für den Finder (εὕρετρα, μήνυτρα) die Rede ist. In meiner Ausgabe von de Tortis ist hier im Quellentext eine Lücke gelassen, und Gl. Quae dicunt sagt dann: graecum est, cujus interpretatio est: pretium intentionis (lies: inventionis). In meiner Ausgabe 1550 steht im Text μήνυτρα, dazu aber in der Glosse jene auf εὕρετρα passende Erklärung; Budäus soll zuerst μήνυτρα

---

[1] S. wegen des weitgehenden Selbstpfändungsrechtes den ganzen Titel der Lombarda II, 21 de debitis et guadimoniis, besonders die Gesetze 1—8, Roth. 245—252.

richtig erklärt haben[1], und heute haben wir bei Kriegel wieder εὕρετρα mit Beifügung der alten Erklärung. Uebrigens erwähnt Gl. Quae dicunt cit. auch noch eines hierhergehörigen Lombardischen Gesetzes[2]; sie trägt die Unterschriften Azo und Accursius.

4) Verhältnisse des Schatzes; vgl. Johannes Bassianus, Summa Tit. Cod. 4, 15 de thesauris.

a. Ein Schatz ist eine vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria. S. Gl. Non ut thesaurum ad leg. 31 §. 1 D. h. t. 41, 1; überall, wo das Wort thesaurus in den Quellen nicht in der speciellen Bedeutung, welche dort fixirt wird, gebraucht ist, findet sich auch eine Glosse mit der Bemerkung: improprie dicitur; so bei den leges 15 D. ad exhibendum 10, 4; 44 pr. D. de acqu. vel. am. poss. 41, 2; 22 pr. D. familiae erciscundae 10, 2.

b. Wem fällt der Schatz zu? Dem Finder, nicht demjenigen, welcher den Besitz ergreift (s. Gl. Qui invenerit ad leg. 31 §. 1 D. cit.; und Gl. Inventoris ad §. 18 J. h. t. 2, 1). Die weitern Bestimmungen sind folgende:

α. Der Finder arbeitet mit erlaubten Mitteln

αα. in suo. Dann erwirbt er den Schatz ganz. Fraglich ist nur, ob auch der dominus utilis, welcher den Schatz in seinem dominium utile findet, unter diese Rubrik fällt. Placentinus ist noch der Ansicht, daß der Emphyteuta und ähnliche dinglich Berechtigte in Bezug auf den Schatz nicht als Eigenthümer behandelt werden sollen, also in alieno finden, was sie auf ihrer Emphyteuse u. s. w. antreffen. Die Glosse aber hat aus dem unglücklichen Ausdruck dominium utile den Schluß gezogen, es finde auch der dominus utilis, ut feudatarius, emphyteuta vel similes den Schatz in suis; eine Ansicht, welche Accursius mit

---

[1] So besagt wenigstens die Seitennotiz a. in meiner Ausg. 1550 zu der betreffenden Stelle.

[2] Indem sie citirt: ut in tit. (Lombardae) de fugacibus, l. si quis aurum, d. i. Lombarda I, 25, 9 (ed. Roth. 260): Si quis aurum aut vestis seu qualibet rem in via invenerit et super genuculum levaverit et non manifestaverit aut ad judicem adduxerit, sibi nonum reddat.



Johannes Bassianus und Azo theilt. S. Gl. Nam in suis ad leg. unic. C. de thesauris 10, 15; vgl. Johannes Bassianus, Summa tit. C. 10, 15 fol. 286, Sp. 2; und Azo, Summa tit. J. 2, 1 fol. 246, Sp. 1 unten.

ββ. in sacro et religioso. Die sich absolut widersprechenden §. 39 J. h. t. und l. 3 §. 10 D. de jure fisci 49, 14 kann die Glosse auch nicht vereinigen; sie erkennt letztere als die civilistisch richtigere an. S. Gl. Religioso ad §. 39 J. cit. und Gl. Vindicaretur ad leg. 3 §. 10 D. cit.

γγ. in alieno. Wenn data opera, so fällt der Schatz ganz an den Eigenthümer des Fundortes; wenn non data opera, so erhalten Finder und Eigenthümer je die Hälfte.

β. Mit unerlaubten Mitteln. Das Ganze fällt an den fiscus (s. Gl. Arte ad leg. unic. C. 10, 15).

c. Erwirbt der Eigenthümer des Grund und Bodens seine Hälfte im Falle b, α, γγ sofort zu Eigenthum oder hat er nur gegen den Finder eine Klage? Uebereinstimmend geben Gl. Partiatur ad leg. unic. C. cit.; Gl. Domino ad §. 39 J. cit.; und Gl. Vindicari ad leg. 3 §. 10 D. cit. dem Eigenthümer des Fundortes die rei vindicatio, in Alternative (!) mit einer condictio ex lege.

d. In dem Falle der l. 63 §. 2 D. h. t. ist die Glosse allerdings zunächst der Ansicht[1], daß der ganze Schatz dem Eigenthümer des Fundortes, welcher zugleich Miteigenthümer des findenden Sklaven ist, zufalle. Doch schlägt sie schließlich vor, am Ende dieser Stelle ein Fragezeichen zu lesen, da es ihr offenbar gar zu gut gefällt, dem Miteigenthümer des Sklaven, welcher nicht Eigenthümer des Fundortes ist, eine medietas medietatis zu geben. S. die Glossen ad hanc leg.

e. Gl. Fuerunt ad leg. 67 D. de Rei Vind. 6, 1 setzt stillschweigend voraus, daß der in einer beweglichen Sache gefundene Schatz gerade so zu behandeln sei wie der in einer unbeweglichen gefundene.

---

[1] So auch Placentinus, Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer, 1537, S. 21, Z. 3 fg. v. o.

5) Eine Vereinigung der Stellen, welche die Beute als das Eigenthum des Erbeutenden hinstellen, und derjenigen, welche sagen, sie sei dem Staate abzugeben, versucht Gl. Captivorum ad leg. 31 D. de jure fisci 49, 14; sie kommt darauf hinaus, daß die bewegliche Beute dem einzelnen Beutemacher, die unbewegliche dem Staate zufalle.

## G. Eigenthumserwerb an neu entstandenen Sachen.

### §. 21.

### 1. Insula in flumine nata und analoge Fälle.

1) Insula in flumine nata und alveus derelictus werden behandelt wie allgemein bekannt und heute noch üblich. Das Princip, nach welchem die Glossatoren bestimmen, wie viel auf die Eigenthümer der einen Flußseite, wie viel auf die der andern kommt, ist die Flußmittellinie, chorda et punctus; s. Gl. Mediam partem ad §. 22 J. h. t., und Gl. Proximior ad leg. 7 §. 3 D. h. t.; sowie auch Gl. Pro modo latitudinis ad eand. leg. — Was die nähere Begrenzung und die Zusammengehörigkeit von alveus derelictus und insula in flumine nata betrifft, so stimmt die Glosse ganz überein mit den Grundsätzen bei Vangerow, I, 631, 632. Schwierigkeiten macht bekanntlich l. 65 §. 4 D. h. t. 41, 1. Siehe wegen dieser Stelle zunächst die Glossen bei Savigny, Geschichte, Bd. III, Anh. VIII (Variantensammlung), S. 752, Nr. 277; dann s. Gl. Si id quod ad leg. 65 §. 4 cit. Dieser zufolge wäre das Wort si hier zu nehmen in der Bedeutung: wenn das der Fall wäre — es ist aber nicht der Fall — u. s. w. — Hierauf führt denn auch die richtige Deutung der mysteriösen Schlußworte dieser Glosse: ut et hic: Lazarus similiter mala. Dieselben enthalten nämlich eine Anspielung auf die Legende von Lazarus [1], und zwar wörtlich übereinstimmend

---

[1] Derselbe kommt nochmals vor in Gl. Ea, quae varo ad leg. 64 (65) D. de R. J.; vgl. auch Com. Bulg. ad tit. de Regulis Juris Nr. 64, ed. Beckmann, S. 57.

mit Lucas 16, 25: Fili recordare, quia recepisti bona in vita tua et *Lazarus similiter mala;* nunc autem hic consolatur, tu vero cruciaris. Ist diese, keineswegs naheliegende, Beziehung erst einmal gefunden, so wird klar, weshalb diese Stelle angeführt wird, nämlich offenbar als Beispiel eines Gleichnisses per contrarium.

Der geschmacklose Vergleich eines Flusses mit einem censitor (s. l. 30 §. 3 D. h. t.) behagt der Glosse derartig, daß sie in Gl. Incipit ad §. 23 J. h. t. 2, 1 ihn wiederholt: et nota, quod flumina vicem judicum tenent: et dant et auferunt dominia; eine Wiederholung, welche stark abgeblaßt ist, indem sowol das römisch — der censitor — wie das juristisch Eigenthümliche — e publico privatum und e privato publicum reddere — fortgefallen ist; s. auch Placentinus, Summa Cod., libr. 7, 35 ed. Schoeffer, S. 331, Z. 5.

Wohl zu unterscheiden von dem Falle, in welchem ich meinen Acker dadurch verliere, daß derselbe zum Bette eines Flusses wird, ist selbstverständlich die momentane Ueberschwemmung. Nur weiß man anfangs freilich nicht, ob diese letztere Sachlage vorliegt, was erst dann klar wird, wenn das Wasser innerhalb angemessener Zeit sich zurückzieht. Aus diesem Zusammenhange erklären sich sehr leicht l. 23, 24 pr. D. quibus modis ususfructus 7, 4, indem anfangs in denselben von einem neu entstandenen alveus die Rede ist, während es sich jedoch bald herausstellt, daß nur eine inundatio vorliegt; klar legen dies Gl. Recessit ad leg. 23 und Gl. Restitutum ad leg. 24 citatas, s. auch Gl. Manere ad §. 24 J. h. t. 2, 1. — Eine besondere Eigenthümlichkeit, welche sich mit einer gewissen logischen Consequenz aus der Lehre von dem Verlust des Eigenthums durch dauernde Unterwassersetzung ergibt, behandelt bekanntlich l. 7 §. 5 D. h. t. 41, 1; dieser widerspricht in möglichst scharfer Weise l. 30 §. 3 D. eod. tit. Es muß rühmend anerkannt werden, daß die Glosse auf die Versuche, diese beiden Stellen zu vereinigen, geringen Werth legt; die von ihr gegebene Erklärung, daß in l. 7 §. 5 das jus strictum, in l. 30 §. 3 die aequitas zur Geltung komme, bietet wol alles, was sich hier, wenn man

den Quellen nicht Gewalt anthun will, wird sagen lassen. — Bei l. 38 D. eod. begnügt sich Accursius, die Situation der verschiedenen Grundstücke richtig darzulegen, das übrige als selbstverständlich betrachtend. S. die Glossen zu den einzelnen hier angeführten Stellen.

Sehr ausführlich behandelt die Lehre von der Insula in flumine nata Azo, Summa Inst., libr. 2, 1, fol. 144v., Sp. 2 bis Nr. 13.

2) Ueber den Thatbestand der alluvio und ihre juristischen Folgen hat wol nie Zweifel unter den Glossatoren geherrscht; dagegen scheint ein solcher bestanden zu haben bezüglich der avulsio, indem Einige wol geneigt waren, bei dem hier geforderten longum tempus an Ersitzungsfristen zu denken; diese werden widerlegt in der von Azo herrührenden Gl. Longiore tempore ad leg. 7 §. 2 D. h. t. 41, 1. Darüber, wie das an meinen Acker angetriebene Stück Land dadurch in mein Eigenthum geräth, daß auf jenem Stücke stehende Bäume auf meinem Grund und Boden Wurzel gefaßt haben, s. Epitome juris civilis, ed. Böcking (Berlin 1829), S. 266, Text und Anmerkung; der dortigen Lehre gemäß halten auch Azo und Accursius daran fest, daß unter dem tempus longum oder longius, welches bei der avulsio zum Eigenthumserwerbe nöthig ist, die Zeit verstanden wird, binnen welcher das Stück sich untrennbar mit dem Acker des Eigenthumserwerbers verbindet. War dieses einmal angenommen, so lag die Frage nahe, sed quomodo scitur, quando haec junctio vel immixtio erit facta? Aufgeworfen wird dieselbe von Gl. Longiori ad §. 21 J. h. t. 2, 1; die Antwort lautet: Resp. per rusticos, qui talia sciunt, ut in auth. de non alien. vel perm. §. quod autem dictum est. (Nov. 7, cap. III, §. 2.) In dieser Novellenstelle aber befiehlt Justinianus die Zuziehung von sachverständigen mechanici; demnach scheint das processualische Institut der Sachverständigen an diese letztere Stelle angeknüpft worden zu sein, ein Umstand, welcher jedoch als dem reinen Proceßrecht angehörig hier höchstens eben berührt werden konnte. Alles hier Besprochene bezieht sich nur auf agri non limitati; bei agri limitati findet weder Zuwachs durch Alluvion und

Avulsion, noch das Recht der insula in flumine nata und des alveus derelictus statt, s. den vorhergehenden Paragraphen unter Nr. 1.

Wir stoßen nun schließlich auf eine Frage, welche uns noch häufig begegnen wird, nämlich welches Rechtsmittel dem frühern Eigenthümer in derartigen Fällen, wie auch in denjenigen des Erwerbs durch Accession und Specification, zusteht. Anknüpfend an l. 5 §. 3 D. de rei vind. 6, 1 gab Martinus „ex sua ficta aequitate" stets demjenigen, welcher durch den Eigenthumserwerb eines andern etwas verloren hatte, eine rei vindicatio utilis auf das Object des neuen Eigenthums; die Glosse aber stellt sich hier ebenso consequent stets auf die Seite des Bulgarus, welchem auch Johannes Bassianus und Azo gefolgt sind[1]; nach ihr ist für die rei vindicatio utilis nie, dagegen aber allerdings regelmäßig für eine actio in factum eine Möglichkeit vorhanden. — S. Cod. Chis. §. 87 bei Hänel, Diss. dom., S. 187, sowie die von Hänel zu diesem Paragraphen citirten Glossen; vgl. ferner Gl. Acquisitae ad §. 21 J. h. t. Dies ist die Streitfrage, bei welcher die vielerörterten Billigkeitsrücksichten des Martinus am meisten hervorgehoben, und von Bulgarus und seinen Nachfolgern am schärfsten bekämpft worden sind. Wohlthuend den falschen Billigkeitsmaximen des Martinus gegenüber berührt das im vorigen Paragraphen[2] erwähnte Verhalten des Bulgarus bei der Gelegenheit, als er einen Eber in einem fremden Netze fand. Er stand durchaus nicht von seiner Lehre ab, nach welcher er ihn rechtmäßig sich aneignen konnte, nahm ihn aber nicht, weil er es moralisch nicht für recht hielt;[3] so bewies er handelnd seine Einsicht in jenen scharfen Unterschied zwischen Recht und Moral, welcher

---

[1] Placentinus will ebenso wenig von einer dem frühern Eigenthümer zustehenden dinglichen actio etwas wissen, arg. Placentini Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer, 1537, S. 24 (ein Druckfehler gibt die Paginirung 26), Z. 21 fg. v. u.; vgl. auch Tractatus de actionibus, ed Gross e Cod. Gottw., tit. 1, §. 4 i. f., S. 162.

[2] S. oben S. 215.

[3] Eine Entscheidung genau nach derselben Unterscheidung zwischen rechtlich und moralisch Erlaubtem s. bei Pillius, Quaestio CXX, Solutio.

noch heute allzu oft von einer popularitätshaschenden Jurisprudenz ignorirt wird.

## §. 22.

## 2. Fruchterwerb.

1) Der Eigenthümer erwirbt die von seiner Sache herstammenden Früchte durch jede Separation, wenn er nicht vorher Besonderes über das Schicksal derselben bestimmt hat; mit Ausnahme des Falles, in welchem ein bonae fidei possessor sie erwirbt. Die Glosse rubricirt den Fruchterwerb unter die accessio. An zwei Stellen, an welchen allerdings speciell von Thierjungen die Rede ist, redet sie von accessio discreta im Gegensatze zu der accessio concreta bei der Alluvion; ob ihr auch der Erwerb der eigentlichen Frucht accessio *dis*creta ist, läßt sich demnach kaum feststellen; s. Gl. Item ea ad §. 19 J. h. t. und Gl. Item quae ad leg. 6 D. tit. 41, 1. Weiter tritt die Accessionstheorie nicht in den Vordergrund; wir werden besonders bei der Lehre von der Vindication noch bemerken, daß dieselbe die Glosse keineswegs beherrscht hat, s. unten S. 283. Bestimmter macht sich eine solche Auffassung hingegen geltend bei Azo, in dessen Summa Institutionum sich dieselbe durch den ganzen Titel de rerum divisione hindurchzieht.[1] Dort bildet aber die Haupteintheilung nicht, wie nach einer ersten Stelle (fol. 224 v., Sp. 1 unter Nr. 10) angenommen werden könnte, der Unterschied zwischen accessio discreta und concreta, sondern derjenige zwischen accessio humana, divina, divina et humana natura operante; sogar die Specification wird von Azo als Accession behandelt; doch findet sich selbst bei ihm nicht der Versuch, aus dem allgemeinen Namen auf allgemeine Grundsätze für die verschiedenen unter demselben zusammengefaßten Grundsätze zu folgern. Noch weniger kann demnach hiervon, wie gesagt, bei der Glosse die Rede sein; was

[1] Nicht so strenge durchgeführt, wennschon gleichfalls vorhanden, ist die Accessionslehre bei Placentinus, Summa Inst., libr. 2, 1.

sich Anklingendes in ihr findet, muß aber aus Azo erklärt werden.[1]

Bezüglich der Thierjungen versteht es sich von selbst, daß das Eigenthum am gebärenden, weiblichen Theil entscheidend ist; interessant ist jedoch die Bemerkung in Gl. Sed meum ad leg. 5 §. 2 D. de rei vind. 6, 1: Ex consuetudine tamen in aliquibus partibus habet dominus equi (des erzeugenden männlichen Pferdes) pedem unum (des Füllens): was doch wol ein Viertheil heißen soll. Wie man sich freilich die Sache näher vorzustellen hat, ob der Eigenthümer des Hengstes Eigenthümer eines Viertels des Füllens wird oder einen Anspruch auf den Werth des Viertels zur Zeit etwa der Geburt hat — das wird aus der kurzen Angabe der Glosse durchaus nicht klar.

2) Gerade so wie der Eigenthümer erwirbt der emphyteuta und jeder sonstige dominus utilis die Früchte durch bloße Separation (s. Gl. Separati sunt ad leg. 25 §. 1 D. de us. 22, 1).

3) Anders liegt die Sache beim Usufructuar, da dieser nicht einmal utiliter dominus ist. Bei ihm muß vielmehr noch eine perceptio fructuum hinzutreten, ehe er Eigenthum an den Früchten erwirbt. So unterscheidet ganz klar Gl. Perceperit ad leg. 13 D. quibus modis ususfructus 7, 4, und zwar nach der Lehre des Johannes Bassianus und des Azo. Es scheint nämlich bei den Glossatoren der Versuch gemacht worden zu sein, aus dem Schlusse der l. 13 cit.: Julianus ait etc. zu deduciren, daß hier Julian im Gegensatze zu dem vorher leg. ead. Erörterten stehe; Jo-

---

[1] Zu beachten ist hier Göppert, Die organischen Erzeugnisse, S. 89, Anm. 6. — Dafür, daß die Glosse in der Art und Weise, wie dort im allgemeinen bezüglich der „mittelalterlichen" Literatur behauptet wird, die Accessio generell als modus acquirendi dominii betrachtet, und alles Mögliche unter diesem Erwerbsmodus zusammengefaßt hätte, bietet sich im wesentlichen kaum ein weiterer Anhalt, wenngleich ein Ansatz zu derartigen Weiterbildungen hier vorliegen mag. S. auch noch Gl. Percipitur ad leg. 62 pr. D. de R. V. 6,1; aber andererseits wieder die sich sehr vorsichtig ausdrückende Gl. Utique ad leg. 16 pr. D. de R. V. 6, 1, wo nur von quasi-accessio in ganz vorübergehender Weise die Rede ist. — Vergleiche schließlich was über die verschiedenen Arten der Accession Vacarius gibt, bei Wenck, Magister Vacarius, S. 252 unten.

hannes und Azo jedoch zeigen, daß er gerade im Gegentheil dies nur noch einmal kurz bestätigend zusammenfaßt. Diesen hat sich Accursius hier, wie so häufig, angeschlossen; man sehe noch Gl. Sed ut verum est ad hanc leg. Wegen l. 28 pr. D. de us. 22, 1 etwas Besonderes für die Thierjungen zu statuiren, nimmt die Glosse nicht Veranlassung (s. Gl. Fructuarii ad hanc leg.). Worin nun genauer die Perception bestehe, darüber hat Streit geherrscht, indem man zweifelte, ob der einfache Besitzerwerb durch Abmähen u. s. w. genüge, oder ob die Früchte in die Scheunen des fructuarius gebracht sein müßten. Letztere Meinung ist die von Accursius approbirte; s. Gl. Percipiantur ad leg. 12 §. 5 D. de usufructu et qu. 7, 1. Der Fall dieser Stelle ist der, daß die separirten, noch nicht percipirten Früchte gestohlen worden sind; Marcellus soll nun den Fructuar, trotzdem er noch nicht percipirt hatte, die condictio furtiva gegeben und sie dem Eigenthümer abgesprochen haben; umgekehrt gab Julianus sie dem Eigenthümer und sprach sie dem Nutznießer ab. Ulpianus entscheidet die Sache, indem er einstweilen die condictio furtiva keinem von beiden gibt, bis sich herausstellt, was aus der Sache wird. Sobald der Dieb sie consumirt hat, hat der Eigenthümer die condictio; ist dagegen der Nutznießer, durch einen Dritten etwa, in den Besitz der Früchte wieder gelangt, so ist er nun ihr Eigenthümer und hat als solcher gegen den Dieb die condictio furtiva in aestimationem — verbesserte Ansicht des Marcellus. Danach ist das Eigenthum in pendenti, donec fur fructus consumpsit — bis er sie verthan oder verzehrt hat. Wie sich aber auch die Sache entscheiden möge, jedenfalls hat der Theil, welchem die condictio zufällt, dieselbe ex tunc, denn fictione juris wird er dann als zu derselben berechtigt vom Moment des Diebstahls ab angesehen, d. h. also, wir haben es hier mit einem echten dominium pendens zu thun, da, nachdem die Entscheidung da ist, die Regeln über Rückziehung Anwendung finden. (So auch Vangerow I, 557, §. 301, Anm. II, 4.)

Die actio furti haben natürlich von Anfang an sowol Eigenthümer wie Nutznießer gegen den Dieb, s. jedoch die Glossen ad leg. 35 D. de usucapione 41, 3, und bei Savigny, Ge-

schichte des Römischen Rechts, IV., 462, Anhang II, Nr. 18 die Glosse des Irnerius, sowie ebendort, Anhang VI, S. 498, Nr. 8 diejenige des Hugo.

Dem Usufructuar kommt eine alluvio wol, eine insula in flumine nata nicht zu Gute; s. die Glossen ad leg. 9 §. 4 D. ususfructus et quemadmodum 7, 1 und Placentini Summa Cod., libr. 3, 33 ed. Schöffer, S. 115, Z. 16 v. u.

4) Dem emphyteuta und nicht dem usufructuarius stellt die Glosse gleich den colonus, wobei sie aber unter colonus denjenigen versteht, welcher einen ager vectigalis gepachtet hat; s. die Glossen zu dem ganzen Titel D. si ager vectigalis vel emph. petatur 6, 3; ferner Gl. Fundum ad leg. 25 §. 1 D. de usur. 22, 1 in Verbindung mit Gl. Separati sunt ad eand. leg.; Gl. De colono ad §. 36 J. h. t. 2, 1, und besonders Gl. Qui nummis ad leg. 26 §. 1 D. de furtis 47, 2; vgl. noch die Glosse bei Wenck, Magister Vacarius, S. 190, Nr. 26. — L. 26 §. 1 cit. wird von der Glosse gleichfalls auf den colonus in diesem Sinne bezogen und an sie der Unterschied angeknüpft, daß durch Separation nur derjenige colonus Eigenthümer wird, qui nummis colit; ihm steht gegenüber der colonus partiarius, der einen Theil der Früchte vom Eigenthümer erhält, während der nummis colens alle Früchte direct erwirbt und dem Eigenthümer dagegen das vectigal zahlt. Ferner wird bisweilen auch noch verlangt, daß der colonus den fundus vectigalis wenigstens für eine geraume Zeit gepachtet habe, im Zusammenhange mit Gl. Idem est et si ad tempus ad leg. 3 D. si fund. vect. 6, 3: offenbar, weil sonst gar kein Colonat in diesem Sinne vorliegt; s. Gl. Qui nummis cit. Auch in l. 60 §. 5 D. loc. cond. 19, 2 wird das Wort colonus in dem hier besprochenen Sinne verstanden und diese Stelle dann vom colonus partiarius erklärt, s. Gl. Condicere ad hanc leg. und Gl. Agere possunt ad leg. 82 (84) §. 1 D. de furtis 47, 2.[1]

---

[1] Man verstand damals unter „colonus“ eine Menge verschiedener Dinge, und da das Verhältniß des freien Pächters zu jener Zeit das seltenste sein mochte, so war man auch wenig geneigt, gerade an dieses bei dem Worte

Ist nun freilich auch in allen diesen Fällen ein dingliches Colonat als der Glosse in Gedanken vorschwebend nachzuweisen, so ist doch nicht zu verkennen, daß sie hier sich durch das vieldeutige Wort colonus hat bewegen lassen, sehr häufig auch dem reinen Pächter durch bloße Separation Eigenthum an den Früchten zuzusichern. Gewiß hat sie in den betreffenden Fällen nicht ausdrücklich an ein gewöhnliches, einfaches Pachtverhältniß gedacht; aber andererseits hat sie dasselbe zu wenig berücksichtigt und jedenfalls Verwechselungen Thür und Thor geöffnet.[1]

In den Fällen freilich, in welchen gar kein eigentliches Pachtverhältniß vorliegt, sondern nur z. B. das Herausnehmen eines Steines aus dem Grundstück gestattet wird, hat die Glosse die Sachlage ganz klar eingesehen. Sie erklärt hier sehr deutlich, daß derjenige, welchem das Herausnehmen gestattet ist, eben nur durch diese letztere Handlung Eigenthümer des Steines werde, daß aber, wenn vorher der Grundeigenthümer ihn abhalte, er auch das Eigenthum nicht erwerben könne; so Gl. Conduxerat ad leg. 6 D. de don. 39, 5 und Gl. Ad exhibendum ad leg. 16 pr. D. de praescr. verb. 19, 5. Ohne Anstand wird dann noch die Analogie gezogen für den einem Pachtvertrage sich ziemlich nähernden Fall der l. 16 §. 1 D. tit. cit. 19, 5; s. Gl. De dolo ad hanc leg. Und so hat dann schließlich auch die Glosse die einfache Wahrheit, daß, wo es sich um ein reines Pachtverhältniß handelt, der Pächter nur per perceptionem voluntate domini factam Eigenthum an den Früchten erwerbe, nicht ganz verkannt,

colonus zu denken, obgleich man theoretisch ein einfaches Pachtverhältniß wohl kannte. Eine recht gute Idee von dem Stande der Begriffe gibt, mit allerdings nach Postglossatorenart noch weiter ausgebildeter Terminologie, der Vocabularius juris in einer ganzen Reihe von Ausführungen s. v. Colonus; vgl. noch die Erörterungen, welche in einem Codex Florentinus vor dem „Florentinischen Rechtsbuche" stehen, s. Cohn, Das Florentinische Rechtsbuch, S. IX.

[1] Sehr begreiflich ist es daher, wenn Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 264, Anm. 7, wirklich die betreffenden Glossen auf den Pächter bezieht; es beweist dies aber doch zur Evidenz, daß bei der bisherigen Art, die Glosse zu behandeln, selbst der vorsichtigste Schriftsteller in Täuschungen gerathen konnte.

wie sich deutlich aus den Glossen ad leg. 61 (63) §. 8 D. de furtis 47, 2 ergibt, welche sogar (s. Gl. Facere und Gl. Quod certe ad hanc leg.) nach Analogie des Kaufpreises verlangen, daß der Pächter die für das Jahr fällige Pachtsumme bezahlt habe, damit er das Eigenthum an den Früchten des Jahres erwerbe. Wo folglich die Sachlage darauf aufmerksam machte, daß rein obligatorische Verhältnisse vorlagen, da hat Accursius die eigentlich römische Lehre sehr klar dargestellt, ja es ist die Betonung der perceptio *voluntate domini* facta, also des Traditions-Elementes, welche ihn dann offenbar auch weiter bestimmt hat, die Regeln des Kaufes anzuwenden, indem er die jährliche Pacht sozusagen als Kaufpreis für die Früchte eines Jahres ansieht; demnach läßt sich ihm kein eigentlich dogmatischer Fehler vorwerfen [1], sondern nur der Umstand, daß er bisweilen an dingliche Pachtverhältnisse, Colonat, resp. Emphyteusis, denkt, während nur obligatorische von den Quellen vorausgesetzt werden. — Uebrigens ist auch die weitere Erklärung von l. 61 §. 8 D. cit. recht ansprechend, s. Gl. Cogat ad hanc leg., wo es heißt, der Grundherr klage quia dominus fructuum, non quia obligati: d. h. aus seinem ursprünglichen Eigenthum, nicht aus dem Pfandvertrage.

5) Handelte es sich bei 1) um den Eigenthumserwerb des Grundeigenthümers an den Früchten, bei 2), 3) und 4) um den Erwerb solcher Personen, welche ihr Recht von jenem herleiten, und konnte demnach dort stets nur die Art des Erwerbes, nicht dieser selbst fraglich sein; so haben wir es nunmehr mit einer Anomalie zu thun, nämlich mit dem Fruchterwerbe, welchen der bonae fidei possessor (b. f. p.) kraft eigenen Rechts macht. Die Anomalie ist so außerordentlich, daß manche Romanisten davor zurückgescheut sind, hier einen eigentlichen Eigenthumserwerb anzuerkennen, und vorgezogen haben, die betreffenden Quellenstellen in irgendwie anderer Weise zu erklären; die Hauptfrage wird also hier sein, welches die diesbezügliche Ansicht der Glosse ist; dann sind noch eine Reihe nebensächlicher Punkte zu besprechen.

[1] Womit denn auch die Stellung des Bulgarus in Coll. vetus §. 21 bei Hänel, Diss. dom., S. 15 stimmt.

a. An die Spitze stellt Accursius[1] die Unterscheidung zwischen fructus naturales und industriales, welche von den Modernen wol nur noch Unterholzner hat, die aber früher sehr verbreitet war und auch z. B. von Donellus noch festgehalten ist. Fructus naturales sind diejenigen, qui nec bonae fidei possessoris, nec alius hominis facto provenerunt; s. Gl. Sed omnes ad leg. 48 pr. D. h. t. 41, 1 und Gl. Bonae fidei ad leg. 45 D. de usur. 22, 1; auf diese Weise werden dann jene beiden Stellen auch mit einander vereinigt. — Während es demnach zunächst scheint, als ob Accursius nicht sowol die einzelnen Fruchtarten in naturales und industriales trennen, sondern in jedem Falle zugesehen haben wolle, wie die betreffende Frucht entstanden sei, verfährt Azo anders; fructus naturales sind nach ihm poma, pira, mispila, quae ipsa natura proveniunt; industriales dagegen segetes, item lac, pillus et lana, quae industria hominis proveniunt. Ganz ähnlich, sogar fast mit denselben Wendungen drückt sich dann aber auch Accursius aus in Gl. Cultura und Gl. Cura ad §. 35 J. h. t. 2; 1; ebenso in Gl. Cum fructibus ad §. 2 J. de off. jud. 4, 17, sowie hauptsächlich in der alle diese Fragen ex professo behandelnden Gl. Non habendam ad leg. 35 pr. D. de rei vind. 6, 1. Accursius geht demnach offenbar auch von der generellen Theilung der Früchte in industriales und naturales je nach ihrer Art aus; und Gl. Sed omnes cit. hat nur die Bedeutung, näher festzustellen, daß es selbst im einzelnen Falle nicht darauf ankomme, durch wessen Bemühungen der Fruchtgewinn erzielt sei. Mit der von Azo gegebenen nähern Sortirung der verschiedenen Früchte ist aber zugleich auch der Grund angegeben, wieso die uns so werthlos scheinende Unterscheidung sich lange halten konnte. So lange der Hauptsitz der Jurisprudenz in von der Natur begünstigten Ländern, wie Italien und Süd-Frankreich, sich befand, war die Idee ansprechend, Aepfel, Birnen, kurz Baumobst und ähnliches sei reiner fructus naturalis: denn in derartigen Ländern ist das Obst wirklich fast

[1] Nach Azo, Summa Cod., libr. 3, 32 §. 19, 20 und Lectura in Cod. ad leg. 22 C. 3, 32; s. aber auch Placentinus, Summa Inst., im Titel 2, 1.

ganz freies Geschenk der Natur und der Gegensatz gegen mit Arbeit erzielte Früchte besonders auffällig. Bei uns jedoch, die wir auf unsere Obstbäume und dergleichen, wenn wir einen Ertrag haben wollen, nicht geringen Fleiß verwenden müssen, lag die Erkenntniß viel näher, daß sämmtliche eigentliche Früchte nicht ohne Arbeit zu gewinnen sind, daß sie also in diesem Sinne entweder alle industriales oder alle naturales sind, letzteres dann im Gegensatze zu dem aus einer Sache ohne Beihülfe der Natur auf dem Wege, welchen wir heute den industriellen nennen, gezogenen Gewinn, fructus civilis. — In diesen Umständen mag der innere Grund dafür liegen, daß Römer, Italiener und Franzosen den Unterschied zwischen fructus naturales und industriales häufiger betonen, derselbe aber, seitdem die Wissenschaft des Römischen Rechts eine besondere Pflegestätte in Deutschland gefunden hat, immer mehr zurückgetreten ist.

Es fragt sich nun noch, ob die Verwendung desselben, ihn selbst einmal als einen berechtigten zugegeben, in unserer Lehre irgend einen Grund hat? Einmal erwähnt Accursius allerdings (s. Gl. Non habendam cit.), daß der bonae fidei possessor die fructus industriales erhalte pro cura et industria; daraus würde des weitern folgen, daß der b. f. p. die fructus naturales deshalb nicht gewönne, weil er cura oder industria nicht auf sie verwendet, also auch keinen auf derartige Verwendungen gestützten Anspruch auf sie hätte. Durch diese Erklärung würde dann nicht nur der ganze von der Glosse gemachte Gegensatz, sondern auch überhaupt die Anomalie des Fruchterwerbes beim bona-fides-Besitze begründet. All dies aber hat sich die Glosse unmöglich gemacht dadurch, daß sie, wie bereits erwähnt, als fructus industriales auch diejenigen behandelt, qui alius industria provenerunt; dieser ihrer consequent durchgeführten Ansicht gegenüber kann die in Gl. Non habendam cit. auftauchende Anschauung, daß die fructus den Lohn für die Mühe der Bestellung bilden, nur als eine gelegentlich ziemlich unüberlegterweise von Accursius vorgebrachte, keinenfalls aber als die leitende betrachtet werden. Will man bei der Gl. Non habendam an den Einfluß deutschrechtlicher Begriffe denken, so wird sich eine derartige

Möglichkeit nicht leugnen lassen; dieselbe zeigt sich jedoch der eben auseinandergesetzten allgemeinen Sachlage gegenüber als irrelevant, und bleibt uns daher nichts übrig, als uns dabei zu beruhigen, daß hier die Glosse ihre Lehre auf lediglich positive Sätze gestützt hat, ohne eine innere Begründung derselben zu versuchen.

Die fructus naturales nun erwirbt kein bloßer Besitzer, auch nicht der b. f. p.[1], vielmehr fallen dieselben auch, wenn der letztere sie percipirt, in das Eigenthum des Grundeigenthümers. Existiren sie nun noch zur Zeit der Vindication gegen den b. f. p. bei diesem, so kann der Eigenthümer sie von ihm abholen; sind sie aber von ihm consumirt, d. h. verzehrt oder veräußert — denn es handelt sich, wie sofort sichtbar, ja blos darum, daß er sie nicht mehr besitzt — so fragt es sich, wie der Eigenthümer sie erlangen kann. Vindiciren kann er sie nicht[2], da der b. f. p. weder einerseits besitzt, noch andererseits mala fide desiit possidere; unter das officium judicis fallen sie auch nicht; es bleibt dem Eigenthümer also nur übrig, wegen der aus denselben gewonnenen Bereicherung gegen den gutgläubigen Besitzer mit der condictio sine causa vorzugehen; s. Gl. Fructus ad §. 35 J. h. t. und §. 2 J. de off. judicis 4, 17. Demnach steht der b. f. p. bezüglich der von ihm gewonnenen fructus naturales, obgleich er sie keinenfalls zu Eigenthum erwirbt, schließlich doch so, daß, wenn er sie veräußert hat, er nur einer Bereicherungsklage unterliegt.

b. Die fructus industriales dagegen gewinnt er nach der Theorie der Glosse zu vollem Eigenthum. In dieser Beziehung stehen b. f. p. und Eigenthümer sich fast ganz gleich berechtigt gegenüber; so mit sicherm argumentum e contrario Gl. Id juris ad leg. 25 §. 1 D. de usur. 22, 1 und Gl. Paene ad leg. 48

---

[1] Etwas anders Pillius, Quaestio LVI unter der Ueberschrift: Quod possit.

[2] D. h. nicht gegen den b. f. p.; findet er sie irgendwo vor, so steht der Vindication gegen den betreffenden Inhaber selbstverständlich nichts im Wege.

pr. D. h. t., welch letztere bemerkt, ein Unterschied zwischen dominus und b. f. p. bestehe nur bezüglich der quaestio servi habenda; und positiv Gl. Cum fructibus ad §. 2 J. tit. cit. 4, 17, sowie Gl. Nunquam debitoris ad leg. 1 §. 2 de pign. et hyp. 20, 1, welche mehr im allgemeinen von jener Anschauung ausgehen; bestimmt gibt dieser schließlich Ausdruck Gl. Non habendam cit. Das „interim" in l. 48 pr. D. cit. wird dann aus diesem Geiste heraus richtig erklärt: Interim, id est donec duret bonae fidei. L. 43 D. de evictione 21, 2 erklärt Accursius an letzter, also entscheidender Stelle genau wie Vangerow, I, 624 oben: es handle sich hier um den Zeitpunkt allerdings post emptionem, aber ante traditionem; und des weitern könne ja auch hier mala fides vorliegen; s. Gl. Vaccae emptor non potest ad leg. 43 D. cit.

Der Grundeigenthümer kann also vom b. f. p. die fructus industriales keinenfalls vindiciren; dagegen ist allerdings letzterer verpflichtet, ihm dieselben herauszugeben, soweit er sie zur Zeit der auf die Hauptsache gerichteten Vindication noch besitzt; diese Herausgabe wird bei der Vindication durch das miteingreifende officium judicis verfolgt und bewirkt. So sehr klar und scharf Gl. Cum fructibus cit.; nachdem diese nämlich auseinandergesetzt hat, eine Reihe von fructus fielen nicht unter das officium judicis, fährt sie fort: Sed dic de industrialibus hic[1] loqui, qui sunt percepti, sed non consumpti a bonae fidei possessore; nam cum sunt facti possessoris, non rei vindicatione, sed judicis officio petuntur. — Auf alle diese Verhältnisse wird ausführlicher bei der Lehre von der rei vindicatio zurückzukommen sein; Einzelheiten werden hier nur vorweg bemerkt, um den Ueberblick zu erleichtern; Gl. cum fructibus cit. verdient übrigens eine besondere Beachtung auch deshalb, weil sie zeigt, wie fest die Glossatoren an dem römischen Principe gehalten haben, die Natur des Rechts nach der aus ihm entspringenden actio zu studiren und zu beurtheilen.

Die erwähnte Verpflichtung des b. f. p. zur Restitution

---

[1] D. i. bei dem officium judicis.

bezieht sich aber nur auf die fructus exstantes, non consumpti. Welche Früchte consumpti sind, müssen wir demnach hier genauer bestimmen. Schon zweimal hatten wir Gelegenheit zu bemerken, daß die Glosse fructus consumpti sowol die verzehrten wie die veräußerten nennt: nämlich bei Gelegenheit der Besprechung von l. 12 §. 5 D. de usufructu 7, 1, oben unter 3, und hier bei der Auseinandersetzung über die fructus naturales unter a. Da nun der Ausdruck fructus consumpti technisch fast nur in der Lehre von den fructus industriales vorkommt, so läßt sich wol annehmen, daß die in der Terminologie sehr präcise Glosse ihn bei jenen andern Gelegenheiten nicht angewandt hätte, wenn er dort nicht in demselben Sinne zur Verwendung käme, welchen er hier hat, d. h. also auch veräußerte Früchte gelten der Glosse als consumirte. Dies folgt denn auch direct aus Gl. Non potest ad §. 35 J. cit., wo es im Anschlusse an den Gesetzestext — „de fructibus .... agere non potest" — heißt: nec ad pretium. Weiter ergibt es sich daraus, daß von dem b. f. p. gesagt wird, er „lucrire" die Früchte, s. Gl. Extantes ad leg. 22 C. de rei vind. 3, 32: consumptos lucratur, exceptis duobus casibus.[1] Danach behält der b. f. p. der Vindication gegenüber auch den Preis der von ihm veräußerten fructus industriales, muß sich aber gefallen lassen, daß etwaige seinerseits gegen den Eigenthümer geltend gemachte Ersatzansprüche mit demselben compensirt werden. Soweit keine Ersatzansprüche vorhanden sind, oder soweit der Preis die vorhandenen übertrifft, lucrirt er schlechthin die fructus consumpti. Anders steht er allerdings der hereditatis petitio gegenüber, wegen der besondern bei derselben geltenden Grundsätze; s. Gl. Cum fructibus cit. und Gl. Non habendam cit., welche bemerkt: ut in hereditatis petitione fructus restituere teneatur.[2]

---

[1] Diese zwei Fälle sind die der l. 48 und l. 65 pr. D. de rei vindic. 6. 1, in welchen der Werth der fructus consumpti mit den vom Eigenthümer dem b. f. p. zu ersetzenden Auslagen compensirt wird; s. wegen der hierin liegenden und des weitern im Text kurz dargelegten Regel Näheres später §. 29 unter Nr. 3a.

[2] Gl. Cum fructibus cit. verweist wegen der Eigenthümlichkeiten der

Natürliche Folge des Umstandes, daß der b. f. p. die fructus industriales zu Eigenthum gewinnt, ist, daß von einer weitern Ersitzung derselben die Rede nicht sein kann. Demgemäß wird l. 48 (49) §. 5 D. de furtis 47, 2 so interpretirt, daß der partus ancillae und der partus pecudis gleich sind nur bezüglich der furtivitas als vitium usucapionis, nicht im Hinblick auf den Erwerb des b. f. p.; denn der partus ancillae ist allerdings nicht fructus, fällt also auch nicht in das Eigenthum des gutgläubigen Besitzers; anders aber der partus pecudis, quia statim fieret foetus bonae fidei possessoris, s. Gl. Usucapi possit ad leg. 48 §. 5 D. cit. Sehr charakteristisch und klar sind auch die Glossen zu l. 4 §. 19 D. de usurp. et usuc. 41, 3; das „contra" wird einfach erklärt: i. e. usucapibilis est non ab emptore, quia sua est; sed ab alio etc.; s. Gl. Emptorem und Gl. Contra ad leg. cit. Die ganze Stelle findet ihre Begründung (s. Gl. Statim emptoris ad eand. leg.), in der Regel: Quod meum est, non possum usucapere. Und schließlich wird zum Ende der l. 4 §. 19 in Gl. Consumpti gesagt: Idem si extant; licet tunc per officium judicis possint revocari. So liegt in den Glossen zu diesem Pandektenfragmente die ganze hierhergehörige Lehre der Glosse auseinandergesetzt. — Mehr Schwierigkeiten, als die beiden bisher besprochenen Stellen, bereitet Accursius l. 4 §. 5 D. de usurp. et usuc. 41, 3; nicht als ob er Einen Moment an dem Satze zweifelte, daß der b. f. p. die fructus industriales, welche ihm ja schon gehören, nicht mehr ersitzen kann, sondern deshalb, weil es nicht ganz leicht ist, einen passenden Fall zu construiren, ohne eben mit jenem Satze in Collision zu gerathen. Zunächst spielt die Frage wegen der usucapio auf Grund des titulus pro herede hier herein; wer den Erben, selbst wenn der Erblasser in mala fide gewesen war, sumpto a se initio ersitzen ließ, hatte leichtes Spiel; diese Meinung ist aber, wie früher ausgeführt wurde, diejenige der Glosse nicht; letzterer lag es nun nahe, fructus hier als fructus naturales zu deuten;

---

hereditatis petitio auf l. 22 C. de rei vind. 3, 32, und bei dieser citirt Gl. Universos wieder Gl. Non habendam cit.

es bleiben ihr jedoch auch noch sonstige, besonders geartete Fälle der Ersitzungsmöglichkeit selbst für fructus industriales übrig; ausgeschlossen ist schließlich auch nicht, daß der Erbe nur den Usukapionsbesitz des Erblassers fortsetzt. Siehe all dieses und noch einige weniger erwähnenswerthe Lösungen in Gl. Non fuerunt ad hanc leg.

Nicht zu den fructus gehören, wie bereits bemerkt, Sklavenkinder; dagegen denkt die Glosse nicht daran, auch den Nachwuchs der Heerden besonders zu behandeln[1], da sie überhaupt den b. f. p. nicht dem Usufructuar, sondern dem wirklichen Eigenthümer pleno jure gleichstellt; s. die Glossen ad leges 68—70 D. de usufructu 7, 1. Die Glosse entwickelt hier nur die Consequenz des von ihr einmal eingenommenen Standpunktes mit derjenigen Hartnäckigkeit und Zähigkeit, welche sie bei der Durchführung grundlegender Theorien zu entfalten pflegt und welche einen merkwürdigen Gegensatz bilden zu der ihr in praktischen Einzelfragen eigenen Schmiegsamkeit.

Hat so der Erwerb des b. f. p. mit der Ersitzung so wenig zu thun, daß er diese vielmehr ausschließt, so brauchen auch für diesen Erwerb keineswegs die Usukapionsbedingungen vorzuliegen. Er findet statt, auch wenn die Sache infolge eines vitium usukapionsunfähig ist, s. die Glossen ad leg. 48 §. 1 D. h. t. 41, 1; er findet aber auch statt, wenn der gutgläubige Besitzer gar keinen Titel hat. Hier geht die Glosse dem Gesetz gegenüber merkwürdig frei vor; geradezu heißt es in Gl. Non habendam cit.: sive cum titulo, sive sine titulo facit suos secundum omnes (sc. autores); licet hoc ultimum, sc. sine titulo, nulla lege invenitur expressum, sed omnes loquuntur de eo, qui cum titulo . . .; sed satis exprimit dicta lex de usuris (l. 25 D. 22, 1); s. ferner l. 13 D. quibus modis usufr. 7, 4 und l. 4 §. 2 D. finium regundorum 10, 1. Demgemäß entscheidet dann die Glosse auch überall. Dagegen hat Accursius allerdings die Lehre von der Wirkungslosigkeit der mala fides superveniens, wie sie bei der Usukapion am Platze ist, auch hierher ausgedehnt;

---

[1] Vgl. Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 282, Anm. 3.

oder mit andern Worten bei der Antinomie zwischen l. 48 §. 1 D. h. t. cit. und l. 25 §. 2 D. de usuris 22, 1 betrachtet er letztere als die eigentlich entscheidende und interpretirt die entgegenstehenden Stellen so, daß erstere die herrschende bleibt. Dabei läuft stets die Erörterung der Frage mit unter, ob die Litiscontestation allein den Besitzer in malam fidem versetze; auf diesen Punkt bezieht sich Hugolini §. 392 bei Hänel, Diss. dom., S. 521 und 522; wir werden auf denselben bei der Lehre vom Fruchtersatz bei der rei vindicatio näher einzugehen haben; über die eigentliche mala fides superveniens aber vgl. Gl. Percipiendos ad leg. 25 §. 2 D. de usuris und Gl. Possideat ad leg. 48 §. 1 D. h. t. cit. Nach dieser letztern erklärte Irnerius den Gegensatz zwischen l. 25 §. 2 D. de usuris und l. 48 §. 1 D. h. t. so, daß er sagte, hoc de rigore, illud de aequitate; damit war denn die Sache des Julianus auf sehr schwache Füße gestellt, indem derartige aequitas einem malae fidei Besitzer gegenüber wol kaum am Platze ist, so daß Irnerius sich also der gerade derjenigen des Accursius entgegengesetzten Ansicht sehr nähert. Accursius nämlich, wie schon bemerkt, entscheidet gegen l. 48 §. 1 cit., welche er entfernt mit den Worten: possumus dicere, quod quaestio, quae ibi fit, determinatur hic (in l. 25 §. 2 cit.), oder auch so: hic (in l. 48 §. 1 cit.) opponendo, non ponendo dicit[1]; man sehe auch weiter noch Gl. Suos non faciet ad leg. 40 D. h. t. 41, 1.

Dem entsprechend wird denn auch entschieden, daß der ursprüngliche b. f. p. eines Sklaven selbst dann noch ex re et opera erwirbt, wenn er inzwischen in malam fidem gerathen ist; denn dieser Erwerb durch einen b. f. besessenen Sklaven ist ganz analog dem Fruchterwerb aus einer b. f. besessenen Sache, s. l. 40 i. f. D. h. t. 41, 1; Gl. Acquiratur ad hanc leg. führt hier sämmtliches Rüstzeug der damaligen Scholastik ins Gefecht: das Ganze wird zu einem „hypothetischen

[1] Eine Wendung, welche in der Glosse häufiger wiederkehrt und mit den mittelalterlichen Schuldisputationen und deren scholastischer Ausbildung offenbar zusammenhängt; später entsteht, wie schon früher einmal bemerkt (s. oben S. 28), im Anschlusse an derlei die als eigene Kunst ausgebildete Lehre der Disputatoria oder Obligatoria.

Schlusse" zurechtgelegt. Si Socrates est homo, Socrates est animal. (Ausgelassener Vordersatz: Omnis homo est animal.) Dem entsprechend dann: Si bon. fid. possessor fundi facit fructus suos; ergo bonae fidei possessor servi quaerit ex re et ex opera — et e contra.[1] Diese völlige Uebereinstimmung muß also auch bei mala fides superveniens gelten; aber wie dies mit l. 23 §. 1 D. h. t. 41, 1 vereinigen? Die Distinction, welche Accursius zu diesem Behufe vornimmt, scheint nicht ohne Werth; er unterscheidet, ob ich b. f. p. eines Menschen bin, welcher wirklich Sklave ist, aber Sklave eines andern, bisher erörterter Fall; oder eines Freien, welchen ich nur für einen Sklaven halte, Fall der l. 23 §. 1 cit., s. Gl. Spectemus ad leg. 23 cit.; sobald ich erfahre, daß derjenige, welchen ich für meinen Sklaven hielt, ein Freier ist, kann mir derselbe nichts mehr erwerben; s. das Nähere in Gl. Sibi acquirere non potest ad leg. 23 §. 1 cit.

Schließlich sei noch bemerkt, daß der b. f. p. die Früchte durch Separation erwirbt, sei diese nun, wie die Glosse mit Vorliebe den Gegensatz gegen die Perception klar macht, suo oder alieno nomine vorgenommen; s. Gl. Separati sunt ad leg. 13 D. quibus mod. us. 7, 4; und Sed ut verum est ad eand. leg. (herrührend von Azo).

Dies ist die Lehre der Glosse von dem Eigenthumserwerbe durch den b. f. p.; sie beruht ganz auf der Unterscheidung zwischen fructus naturales und industriales, welche strenge durchgeführt ist. Ihr entgegen ließ Placentinus auch die fructus naturales in das Eigenthum des b. f. p. fallen, wenn dieser einen titulus hatte; andere beschränkten dies wieder auf den b. f. p. titulum habens non lucrativum, während derjenige mit titulus lucrativus demjenigen ohne jeden Titel gleichstehen sollte; die einfachere und consequentere Ansicht des Accursius scheint nicht nur die des Wilhelmus de Cabriano, Pillius[2] und Hugolinus gewesen zu sein, s. Cod. Chis. §. 168, bei Hänel, Diss. dom.,

[1] Man sieht, weshalb zuerst und jetzt wieder der Vordersatz ausgelassen ist, denn hier wäre er in seiner Formulirung nicht so einfach; etwa: Omne, quod ex re et ex opera servi quaeritur, est fructus.

[2] Mit leichten Abweichungen, s. oben S. 231, Anm. 1.

S. 245, und die Sigle unter Gl. Sed omnes ad leg. 48 pr. D. h. t.; sondern auch die des Bulgarus und Azo, s. Bulgari Comm. in Tit. Dig. de Reg. Juris ad leg. 136 (178), ed. Beckhaus, S. 136 und 137; und Azo, Summa Cod. loc. cit. und Lectura in Codicem, ad leg. 22 C. de rei vindicatione 3, 32.

### 3. Specification.

#### §. 23.

Unter die allgemeine Rubrik „Erwerb des Eigenthums an neuen Sachen" gehört die Specification im Sinne der Glosse vielleicht mehr als irgendeiner der vorher besprochenen Gegenstände. Während diese letztern nämlich bisweilen auch als Accession aufgefaßt werden (s. §. 22 im Anfange) herrscht bezüglich der durch Specification erworbenen Sache kein Zweifel, daß es sich um eine wirklich ganz neue handelt, und daß in dieser Neuheit der Grund des Eigenthumserwerbes liegt. Hier tritt die ganze scholastische Lehre von der „forma" ein, welche ihren prägnanten Ausdruck findet in Gl. Forma ad leg. 7 §. 5 D. h. t.: Forma, id est Esse rei; s. dann weiter Gl. Proculo placuit ad leg. 7 §. 7 D. h. t. quia (res) videtur extincta cum novam formam receperit. Besonders bemerkenswerth ist aber Gl. Substantiam ad leg. 9 §. 3 D. de exhibendo 10, 4, welche von Azo herrührt.[1] Da zeigt sich das ganze Chaos, in welchem sich damals selbst die besten Köpfe über die Aristotelischen Doctrinen, besonders Metaphysisches betreffend, bewegten; auch die Platonische Idee treibt ihren Spuk; klar und bestimmt tritt nur das formal-logische Element hervor; ganz den damaligen Kenntnissen von Aristoteles und Philosophie überhaupt entsprechend.[2]

Geht demnach nun auch die Glosse von der Verwandlungs- und Occupationstheorie aus, so hat sie doch ihre in praktischen

---

[1] Sie lautet: et dic, quod substantiam appellat statum; sed in topicis Aristotelis ponitur pro membro sub suo genere posito in specie vel divisione, quae idea Graece dicitur.

[2] S. oben S. 25 fg.

Dingen erprobte Schmiegsamkeit auch hier den einzelnen jener Theorie nicht genau entsprechenden Erfordernissen gegenüber bethätigt. Diese letztern sind ihr eben Regeln positivi juris, welche einerseits an dem innern Wesen der Sache nichts ändern, andererseits zur Ausgleichung sonst entstehender Härten und Unannehmlichkeiten eingeführt und daher wohl zu beachten sind. Gefordert wird nämlich dazu, daß der Specificant Eigenthum an der specificirten Sache erwerbe, dreierlei:

1) Ex aliena materia speciem fieri ab aliquo suo nomine; und zwar

2) Bona fide[1], und auf eine Weise, daß

3) Non possit in pristinam materiam reduci.

S. Gl. Ab aliquo ad §. 25 J. h. t. 2, 1; Gl. Possum ad leg. 52 §. 14 D. de furtis 47, 2; und dafür, daß die Glosse an dem Erfordernisse sub 3 auch dann festhält, wenn die species nova theils aus eigenem, theils aus fremdem Material gewonnen wird, Gl. Dominum ad §. 25 J. cit.[2] Das Erforderniß der bona fides dient denn auch dazu, die unbequeme l. 12 §. 3 D. de exhibendo 10, 4 zu beseitigen, welche einfach auf den Fall einer Specification mit mala fides bezogen wird, s. Gl. Verius est ad hanc leg. Noch weniger Schwierigkeiten macht l. 29 §. 1 D. de don. in. vir. et ux. 24, 1, da hier die Glosse bona fides ruhig annehmen kann, indem ihr diese, wie bei der Lehre von der Ersitzung ausführlich besprochen, weiter nichts ist als die Abwesenheit des Bewußtseins der Unredlichkeit; s. die Glossen ad hanc leg. Sehr anziehend behandelt Azo in Gl. Ab aliquo cit. mehrere casuistische Fragen, welche entstehen, wenn von mehrern Specificanten die einen bonae, die andern malae fidei sind; oder wenn der Specificant, welcher mehrere Materien zu einer neuen Species miteinander verbindet, bezüglich der einen bonae, bezüglich der andern malae fidei ist.

---

[1] Bona fides betrachtet nicht als nothwendiges Postulat Placentinus, Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer, 1537, S. 22, Z. 13 fg. v. u.

[2] Anders die Epitome juris civilis (ed. Boecking als Anhang zu seiner Ausgabe des Brachylogus), S. 268, Z. 16—19.

Wegen des dem Eigenthümer der verarbeiteten Materie zustehenden Entschädigungsanspruches kehrt der Schulstreit zwischen Martinus, welcher eine rei vindicatio utilis gab, und Bulgarus zurück. Letzterer und mit ihm die Glosse gewähren nur eine actio in factum; s. das oben in §. 21, S. 222 Bemerkte.

Einige Specialfragen bleiben uns noch zu erörtern übrig, und zwar solche, welche sich an das erste Erforderniß „ex aliena materia speciem fieri" knüpfen. Hin und wieder kann es fraglich sein, ob wir wirklich eine neue Sache vor uns haben, oder nur die alte in irgendwelcher leichtern Veränderung. Die zwei Fälle, in welchen Zweifel wegen dieses Umstandes sich aus unsern Quellen ergeben, sind die des Getreides und des Schiffes.

a. Placentinus war der richtigen Ansicht, daß das Ausdreschen von Körnern aus dem Getreide keine Specification sei; §. 25 Inst. h. t. erklärte er sehr bequem: haec posuit gratia exempli pro pueris; quaedam enim gratia docendi dicuntur, quae alias non dicerentur. Aber hier, wie meist, schließt sich die Glosse der entgegenstehenden Ansicht des Azo an, wie schon daraus zu erkennen, daß sie dieselbe an letzter Stelle anführt. Nach ihr ist die Institutionenstelle die entscheidende, und wird von derselben l. 7 §. 7 D. h. t. corrigirt. — S. Gl. Vel spicas ad §. 25 J. cit. und Gl. Dixisse ad leg. 7 §. 7 cit., welche letztere nur die Azonische Interpretation bringt.

b. Recht ansprechend ist die Erklärung der in unsern Quellen bezüglich eines aus fremdem Holze gebauten Schiffes vorliegenden scheinbaren Antinomie. Dieselbe soll nämlich ihre Lösung in der Unterscheidung finden, ob der Specificant selbst den fremden Baum fällt und ihn zu Bretern verarbeitet; dann werden schon durch diese Verarbeitung die Breter sein Eigenthum, und es gehört ihm infolge dessen dann auch das aus ihnen gebaute Schiff; oder ob er fremde, schon fertige Breter nimmt, dann ist das Schiff weiter nichts als eine Zusammensetzung von fremdem Material, keine Specification desselben, fällt also auch nicht in das Eigenthum des Erbauers.[1]

---

[1] Ganz merkwürdig ähnlich dieser Erklärung der Glosse ist diejenige,

S. Gl. Sed si ex meis ad leg. 26 pr. D. h. t. 41, 1; ferner Gl. Aliud navis ad leg. 18 §. 3 D. de pign. actione 13, 7, in welcher das Schiff geradezu dem aus fremder Wolle gefertigten vestimentum gleichgestellt wird; und die besonders scharfe und juristisch elegante Gl. Non pro se ad leg. 61 D. de rei vind. 6, 1[1]; vgl. noch Gl. Navis ad eand. leg. mit ihrer wunderlichen Erklärung von carina: quasi currina, quia per aquam currit, sc. inferior pars navis.

## H. Eigenthumserwerb durch Verbindung.

### 1. Von beweglichen mit unbeweglichen Sachen.

### §. 24.

Vorauszuschicken ist, daß in allen Fällen der Verbindung immer nur von fester, dauernder Verbindung die Rede ist. Besonderes über die Art derselben lehrt die Glosse nicht, so daß hierauf in den folgenden Paragraphen nicht näher eingegangen werden wird; den Beweis jedoch für die hier aufgestellte allgemeine Behauptung erbringen die zu citirenden Glossen durchweg durch ihre ganze Natur und Anlage; s. aber auch §. 25 unter Nr. 1.

Dies festgestellt, gehen wir zu den einzelnen Arten der Verbindung über.

Bezüglich des Eigenthumserwerbes durch Verbindung mit dem Grund und Boden gibt Gl. Aedificaverit ad leg. 7 §. 10 D. h. t. 41, 1 folgende versus memoriales:

Quicquid plantatur, sertur vel inaedificatur
Omne solo cedit, radices si tamen egit.

---

auf welche Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Accession und von den Sachgesammtheiten (Kiel 1867), S. 63, Anm. 2, hinweist, offenbar ohne sich einer Uebereinstimmung mit der Glosse bewußt zu sein; — wieder ein Beweis, in wie traurige Vergessenheit die letztere gerathen ist!

[1] Man beachte in derselben die an das kanonistische erinnernde Wendung: materia transit in materiatum.

Eine singuläre Ausnahme bildet der Fall des Baues in publico, s. Glossen ad leg. 6 pr. D. de rer. div. 1, 8.

1) Plantata et inserta fallen stets an den Grundherrn, sobald sie eingewurzelt sind; der frühere Herr verliert sein Eigenthum und behält nur eine actio in factum pro aestimatione. — Hier war, besonders wenn es sich um einen Baum handelte, die gewöhnliche Ansicht des Martinus, es stehe dem frühern Herrn die rei vindicatio utilis zu, wegen l. 5 §. 3 D. de rei vind. 6, 1 stärker zu vertheidigen, als wol sonstwo; trotzdem hat die Glosse selbst in diesem Falle sich gegen dieselbe entschieden, indem sie einfach sagt Varus et Nerva dabant, nos non damus; s. Gl. Dabant ad leg. cit. und Gl. Commutatur ad §. 31 J. h. t. 2, 1; vgl. auch Hänel, Diss. dom., S. 519—520, sowie Azo, Summa Institutionum in tit. 2, 1, fol. 274v., Sp. 1 unten. Die Lehre der Glosse stützt sich auf die Autorenreihe Irnerius, Johannes Bassianus, Azo; der Grund ist der, quia alia arbor esse intelligitur, und dann offenbar auch der, daß eine Singularität durch diese Erklärung vermieden wird; ja, daß schließlich, wenn man wirklich dem frühern Eigenthümer die rei vindicatio utilis gäbe, ein eigentlicher Eigenthumswechsel nicht vorläge, während doch §. 31 J. cit. von einem solchen spricht; übrigens ist auch Placentinus in seiner Summa Cod., libr. 3, 33, derselben Ansicht, ebenfalls aus dem Grunde cum alia sit facta; s. Placentini Summa Cod., loc. cit. ed. Schoeffer, S. 114, Z. 7 vom Titel de rei vind. ab.

Nach der Glosse hat also der frühere Eigenthümer gegen den jetzigen nur eine persönliche Klage; eine andere Frage ist es, wie der frühere Eigenthümer der Pflanze zu einer Entschädigung gelangen kann, wenn ein Dritter dieselbe bona fide in ein fremdes Grundstück versetzt, da dann dieser Dritte weder besitzt, noch mala fide desiit possidere, andererseits aber facto des Grundeigenthümers nihil actum est, was eine gegen ihn gerichtete actio in factum begründen könnte. Es bleibt nur eine Klage nach Analogie derjenigen möglich, welche gegen denjenigen geht, qui positum ab alio habet vel tenet, d. h. offenbar eine Bereicherungsklage gegen den Grundeigenthümer.

Der auf meinem Grundstücke zu Tage tretende Baum[1], dessen Wurzeln sämmtlich sich auf ein anderes Grundstück erstrecken, gehört dem Eigenthümer jenes Grundstücks; das ist die aus §. 31 J. cit. und l. 7 §. 13 D. h. t. folgende Regel, während l. 6 §. 2 D. arbor. furt. caes. 47, 7 von dem Falle handelt, daß die Wurzeln nicht alle auf das fremde Grundstück hinübergehen; sei es, daß sie nur theilweise auf dasselbe hinübergehen und dann dem Eigenthümer desselben der Baum auch theilweise gehört; sei es, daß sie gar nicht hinübergehen, sondern gerade die Grenze entlang streichen, ihre Nahrung aus dem fremden Boden ziehend, aber doch auf dem eigenen bleibend, wo dann der Nebeneigenthümer gar keinen Theil am Baume hat. Eine andere Erklärung ist die, daß dadurch, daß die Wurzeln in fremdem Grund und Boden sind, der Eigenthümer des letztern Eigenthum am Baume nur dann erwirbt, si non poterat (arbor) vivere ex radicibus, quae erant in solo, unde ducit originem; während er entgegengesetzten Falles nur eine Klage auf Beseitigung der auf sein Eigenthum hinübertretenden Wurzeln habe. Die Glosse gibt keine rechte Entscheidung darüber, welche von diesen beiden Erklärungen sie vorzieht, die letztere findet sich aber häufiger; s. Gl. Origo ejus fuerit ad leg. 6 §. 2 D. cit. 47, 7; Gl. Dicamus ad §. 31 J. cit.; Gl. Communis est ad leg. 7 §. 13 D. h. t. 41, 1, und vgl. Azo, Summa Inst., libr. 2, 1, S. 245v., Sp. 1 unter Nr. 4.

Der auf der Grenze gewachsene Baum oder festliegende Stein steht, bis er herausgenommen wird, im Eigenthum beider Grundeigenthümer pro diviso; ist er herausgenommen, so tritt communio pro indiviso ein, und zwar richten sich die Quoten nach der Größe des Theiles, welcher früher jedem Einzelnen zustand. So einfach die Glossen ad leg. 19 pr. D. comm. div. 10, 3; weiter aber auch ganz richtig Gl. Parte, Gl. Multo magis,

[1] Bezieht sich hierauf in Azo's Brocardica die Erörterung: Ejus est arbor nova, cujus fuerat vetusta; Immo ejus, cujus est ager? Dieselbe ist höchst dunkel. — S. Azonis Brocardica Rubr. 59 de se suisque rebus, in meiner Ausgabe S. 494.

Gl. Tantam partem ad leg. 83 D. pro socio 17, 2. — Einige Schwierigkeiten macht die Construction des der l. 8 §. 1 D. h. t. 41, 1 zu Grunde liegenden Falles, doch sind die beiden letzten Lösungen, welche Gl. Pro indiviso communia ad hanc leg. gibt, recht ansprechend.

2) Inaedificata. Wir trennen sofort.

a. Ich baue mit fremdem Material auf eigenem Boden; s. Cod. Chis. §. 73 bei Hänel, Diss. dom., S. 172 (die zwei ersten Fragen); s. vorläufig auch die dort unter dem Text angeführten Glossen.

Bereits früher, bei der Frage nach der Ersitzung von zusammengesetzten Sachen, haben wir Gelegenheit gehabt zu bemerken, wie fest die Glosse an der Unterscheidung zwischen einer Sache als selbständigem Ganzen und als Theil eines andern Ganzen hält; sie betrachtet mit einseitig logischer Abstraction beide als ganz verschiedene Dinge und zögert nun schließlich hier auch nicht, aus diesem ihrem naiven Realismus zu folgern, daß eine und dieselbe Sache in doppeltem Eigenthum stehen kann, im Eigenthum des einen als Theil des ihm gehörigen Ganzen, im Eigenthum des andern als besondere und für sich bestehende Sache. Dies gewährt dann die Grundlage für die ganze Lehre von der Verbindung bei der Vereinigung von (beweglichen) Sachen sowol mit unbeweglichen wie mit beweglichen. Stets nämlich wird durch eine solche Verbindung der Eigenthümer des Ganzen auch Eigenthümer der verbundenen Sache — aber nur Eigenthümer derselben qua Theil —; daneben besteht das frühere Eigenthum desjenigen, welcher die Sache als selbständige hatte, ganz unversehrt fort, sofern sein Object, die selbständige Sache, als solche noch denkbar ist. Ist nämlich die Verbindung eine derartige, daß die Sache als selbständige gar nicht mehr wiederhergestellt werden kann — man denke z. B. an Specification ex sua und aliena materia, oder an plantata et inserta, letztere, weil sie durch die aus dem fremden Boden gezogene Nahrung andere werden, — so ist eben die Sache als selbständige völlig zu Grunde gegangen und damit dann freilich zugleich auch das Eigenthum an ihr als solcher; ist sie dagegen nur augenblicklich

keine selbständige, so kann das Eigenthum an ihr allerdings momentan nicht ausgeübt werden, ist aber ebenso wenig verloren, wie dasjenige eines Ackers durch rasch vorübergehende Ueberschwemmung; während der andere Fall demjenigen dauernder Unterwassersetzung entspricht, welche mit dem Acker das Eigenthum an ihm vernichtet. Man sehe Gl. Desiit dominus ad leg. 7 §. 10 D. h. t. 41, 1.

Verbaue ich demnach fremdes Material auf meinem Grund und Boden, so werde ich Eigenthümer desselben qua Theil des Baues, der Dritte bleibt Eigenthümer desselben als besonderer Sache, da ja die Möglichkeit einer Wiederherstellung des verbauten Materials zu selbständiger Sache stets vorhanden sein wird. Der Eigenthümer des Materials könnte nun gegen mich zunächst mit der actio ad exhibendum vorgehen, damit ich die Sache als selbständige wiederherstelle, und könnte sie dann vindiciren. Diese actio ad exhibendum ist aber bei dem tignum junctum[1] ausgeschlossen, und so stehen wir hier vor der Lehre von diesem letztern.

Die Regeln über das tignum junctum sind eingeführt theils ne aedificia rescindi necesse sit, theils ne urbs ruinis deformetur. Während daher einerseits Accursius sie mit Azo auf solche Gebäude ausdehnt, welche auf dem Lande aufgeführt sind, gewährt er andererseits dem b. f. possessor nicht die Möglichkeit, sich durch Lösung und Herausgabe des verbauten Materials vor der actio de tigno juncto zu schützen; s. Gl. Descendit ad leg. 23 §. 6 D. de rei. vind. 6, 1 (i. f.), und Schumacher, über tignum und tignum junctum, S. 33, Anm. 2, welcher die betreffende Stelle abdruckt, aber ohne die Schlußworte: sed contra tit. de legatis I l. cetera §si duobus (l. 41 §. 4 D. de legatis I).

In der actio de tigno juncto ist nun dem Eigenthümer

---

[1] Die Art der hier zur Rede stehenden Verbindung ist, s. oben S. 241, stets eine feste; es ist aber auch schon bemerkt, daß Näheres hierüber von der Glosse nicht geboten wird, weshalb es denn auch für das tignum junctum genüge, dies nochmals zu erwähnen.

ein Mittel geboten, sich für die ihm fehlende actio ad exhibendum schadlos zu halten, indem er mit ihr das duplum des Werthes des Materials, sei es gegen den, qui injunxit, sei es gegen den, qui injunctum habet, einklagen kann. Die sofort sich hieran knüpfende Frage ist die, ob dieses duplum blos dem Kläger einen Ersatz wegen des ihm entgegenstehenden Exhibitionsverbotes geben soll, oder ob es einen pönalen Charakter hat. Hiermit kommen wir denn gleich auf die Unterscheidung, ob das fremde Material bona oder mala fide verbaut worden ist. Ist letzteres der Fall, so hat die doch immerhin an Strafe erinnernde Folge der actio de tigno juncto gewiß kein Bedenken, und so rechnet sie die Glosse denn auch in diesem Falle zu den gegen den malae fidei possessor gerichteten Pönalklagen; dieser Gesichtspunkt versagt aber ganz, wenn die inaedificatio eine bona fide vorgenommene ist.

Uns fällt die Sache heutzutage nicht mehr schwer; wir wissen, daß die actio de tigno juncto aus dem ältesten Recht stammt; dann aber weiter, daß es dieses Rechtes Art nicht ist, einen jedesmal dem einzelnen Falle anzupassenden Entschädigungsanspruch für denjenigen, welcher seiner Sache beraubt wurde, zu statuiren, sondern daß es seinem gewöhnlichen Verfahren gemäß vorziehen mußte, demselben in dem Anspruche auf das Doppelte des Werthes eine ein für allemal bestimmte, wenn auch möglicherweise bisweilen zu Härten führende Ausgleichung anzubieten; demnach scheidet der pönale Charakter der actio de tigno juncto für uns ganz aus, und wird uns dieselbe zu einer reinen Entschädigungsklage. — Diese Einsicht besaßen die Glossatoren selbstverständlich noch nicht, wohl hingegen sahen sie aufs klarste ein, daß von dem Standpunkte des spätern Rechtes aus, ein Standpunkt, welcher ihnen der einzig bekannte war, gegen den bonae fidei inaedificator nur eine Klage auf Wertherſatz und Entschädigung möglich sei, da ja der Entschädigungsanspruch das eine in dem duplum liegende alterum tantum sowol überschreiten, wie nicht erreichen kann. Daher entstanden dann in ihnen lebhafte Bedenken, die actio de tigno juncto gegen den bonae fidei inaedificator überhaupt zuzulassen, und eine Stütze fanden

sie für diese Zweifel in l. 63 D. de don. int. vi. et ux. 24, 1. In noch schwankender Weise kommen dieselben zum Ausdruck in Gl. Descendit ad leg. 23 §. 6 de rei vind. 6, 1; dann aber treten sie ganz positiv auf in Gl. Furtorum[1] ad leg. 63 D. cit., welche entschieden die actio de tigno juncto nur gegen den in mala fide befindlichen Erbauer zuläßt; und einen genau den im Vorhergehenden entwickelten Anschauungen des spätern Rechts entsprechenden Ersatzanspruch gibt schließlich dem Eigenthümer des Materials Gl. Soluta ad eandem legem. Trotzdem ist nun aber diese Ansicht bei Accursius nicht durchgedrungen; sie wird vielmehr ausdrücklich verworfen in Gl. De tigno juncto ad §. 29 J. h. t. 2, 1, welche unsere Lehre ausführlich und gründlich behandelt. Da nun auch Gl. Descendit cit. blos Zweifel ausdrückt, so bleibt als entschieden die actio de tigno juncto gegen den bonae fidei inaedificator versagend nur übrig Gl. Furtivam cit.; bei dieser Sachlage müssen wir wol die in Gl. De tigno juncto cit. niedergelegte, allgemein ausgesprochene Meinung der in Gl. Furtivam cit. nur bei Gelegenheit eines Einzelfalles gethanen Aeußerung gegenüber als die approbirte betrachten: wenngleich die entgegengesetzte in das allgemeine System der Glosse besser passen würde und auch von ihr nicht ohne eine gewisse Zuneigung behandelt wird.

Hat der Materialeigenthümer gegen den bonae fidei inaedificator die actio de tigno juncto nicht angestellt, so steht ihm, wenn das Haus auseinanderfällt, frei, nunmehr zu vindiciren, auch wenn inzwischen 30 Jahre verflossen sind. Denn seine Vindication kann nicht verjährt sein, da er sie bis dahin nicht ausüben konnte. Anders steht der Eigenthümer dem malae fidei inaedificator gegenüber. Gegen diesen kann er nämlich von vornherein vindiciren, als gegen einen, welcher die betreffende Sache als selbständige zu besitzen mala fide aufgehört hat. Vindicirt er nicht, so hat er es nur sich selbst zuzuschreiben, wenn

---

[1] Deren zweite Hälfte übrigens unzweifelhaft, der etwas mangelhaften Fassung ungeachtet, auf den *malae* fidei inaedificator bezogen werden muß.

er, nachdem das Haus 30 Jahre mit fremdem Material verbunden gestanden hat und darauf zusammengefallen ist, dieses Material nicht mehr vindiciren kann, da seine Vindicationsklage verjährt ist. Wenn also in dieser Beziehung der malae fidei in günstigerer Lage ist als der bonae fidei inaedificator[1], so gleicht sich dies doch mindestens aus dadurch, daß jener 30 Jahre lang mit einer ganzen Reihe von Klagen verfolgbar ist. Erstens, wie schon erwähnt, mit der rei vindicatio, welche, da hier dem Beklagten die Sache herauszugeben nicht einmal gestattet ist, durch das stets hinzutretende juramentum in litem des Klägers eine schärfere Natur annimmt; dann mit der aus demselben Grunde des mala fide aufgegebenen Besitzes anstellbaren und zu demselben Ergebnisse des juramentum in litem führenden actio ad exhibendum; und schließlich oft auch mit den Diebstahlsklagen — alles dieses abgesehen von der actio de tigno juncto.

Wir erhalten demnach folgende Uebersicht:

Dem Materialeigenthümer steht zu

I. Gegen den bonae fidei inaedificator.
- a. Während des Zusammenhanges die actio de tigno juncto auf das Doppelte, unter Verlust später etwa sonst möglich werdender rei vindicatio.
- b. Nach der Auflösung des Zusammenhanges, selbst wenn diese erst nach 30 Jahre bestanden habender Verbindung eintritt, die gewöhnliche rei vindicatio, sofern nicht vorher die actio de tigno juncto angestellt worden ist.
- c. Einfache Entschädigungsklage, l. 63 D. de don. int. vi. et ux. 24, 1 cit.

II. Gegen den malae fidei inaedificator.
- A. Reipersecutorische Klagen, welche sich gegenseitig ausschließen.
  - a. Rei vindicatio, sofort während dauernder Verbindung mit juramentum in litem, verjährend

[1] S. auch Azo, Summa Cod., libr. 3, 32, §. 13—16, welchem die Glosse in dieser ganzen Lehre recht getreu folgt.

in 30 Jahren, so daß die sonst nach der Trennung mögliche einfache rei vindicatio verjährt ist, wenn diese Trennung erst nach 30 Jahren stattfindet.

b. Actio ad exhibendum, auch mit juramentum in litem, verjährt gleichfalls in 30 Jahren.

c. Condictio furtiva, nach den gewöhnlichen Grundsätzen derselben.

B. Pönalklagen, welche, soweit sie blos solche sind, von den reipersecutorischen nicht ausgeschlossen werden.

a. Actio de tigno juncto während der Dauer des Zusammenhanges, auf das Doppelte.

b. Actio furti, durch erstere nur so weit ausgeschlossen, wie sie sich decken; liegt z. B. ein furtum manifestum vor, so kann derjenige, welcher schon mit der actio de tigno juncto den zweifachen Werth abgeholt hat, mit der actio furti nochmals ebenso viel verlangen.

b. Ich baue mit eigenen Sachen auf fremdem Grund und Boden. Hierher gehört die dritte der in Cod. Chis. §. 73 cit. behandelten Fragen; die einzelnen Glossen werden in der Ausführung selbst citirt werden.

Dieser Fall muß deshalb von dem vorigen ganz gesondert behandelt werden, weil, wenn der inaedificator selbst der Eigenthümer des verbauten Materials ist, er sogar dann, wenn er in bona fide bei der Verbindung war, eine Klage auf Ersatz des durch sofort eintretenden Eigenthumsübergang an den Grundeigenthümer ihm entstehenden Schadens nicht hat; es steht ihm vielmehr nur eine Einrede, und nach Verfall des Hauses ein Anspruch auf das Material zu. Martinus allerdings gab ihm und selbst dem in mala fide befindlichen inaedificator eine utilis negotiorum gestorum actio; aber richtig unterscheiden Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo und Accursius, ob jemand suo nomine inädificirt hat, oder alieno nomine; that er letzteres bona fide, so hat er allerdings eine actio negotiorum gestorum, aber auf diesen Fall ist hier, wo vom Eigenthumserwerbe durch Accession

und seinen Folgen die Rede, natürlich nicht Rücksicht zu nehmen. Hierher gehört nur der andere Fall, daß suo nomine vom Eigenthümer des Materials inädificirt worden ist; dann hat, wie gesagt, selbst der bonae fidei inaedificator keine Klage, sondern nur eine Einrede, exceptio doli mali[1]; s. Gl. Aedificaverit ad §. 30 J. h. t.; Gl. Actionem ad leg. 6 §. 3 D. de neg. gestis 3, 5; Gl. Servare posse ad leg. 33 D. de cond. indebiti 12, 6 und Azo, Lectura in Cod., ad leg. 2 C. 3, 32 §. 5. — All dies natürlich nur zu vorläufiger Orientirung; im vollen Umfange wird die Lehre von den Impensen bei der Darstellung der rei vindicatio zur Besprechung kommen.

Noch viel schärfer stand aber in unserm Falle der inaedificatio die Glosse dem malae fidei inaedificator gegenüber. — Eine recht stattliche Reihe von Autoren nahm hier nämlich an, er habe weder Klage, noch Einrede, noch Anspruch (nach Zerfall des Hauses) auf das von ihm herrührende Material, da er bei der Inädification desselben donasse videtur. Dieser Ansicht waren Jacobus, Hugo, Bulgarus, Rogerius, Albericus, Placentinus und — s. Hänel, Diss. dom., S. 574 — Hugolinus. Auch die Glosse ist von dieser Meinung nicht bedeutend abgewichen und hat nur, um der entgegenstehenden l. 2 C. de rei vind. 3, 32 zu entgehen, einen besondern Fall mehr gebildet. Sie sagt nämlich: Aut aedifico de mea materia in meo et tunc planum est; aut de aliena in meo, der oben unter a. behandelte Fall; aut de mea in alieno, der hier behandelte Fall; aut de aliena in alieno, Fall der l. 2 Cod. cit. Diese von Johannes Bassianus herrührende, von Azo angenommene Erklärung hat wenigstens den Vortheil, für den gewöhnlichern, nämlich den dritten Fall, eine klare Sachlage zu schaffen; der malae fidei inaedificator kommt danach in diesem stets um seine Baukosten. S. Azo, Lectura in Cod. ad leg. 2 C. 3, 32 §. 2, 3; Gl. Aedificaverit ad §. 30 J. h. t.; Gl. Non potest ad §. 30

---

[1] So daß er, si possessionem nondum restitutis impensis amiserit, ganz um das Seine kommt; s. auch Placentini additiones ad Bulg. Com. in tit. de Reg. Jur. ad leg. 206, ed. Beckhaus, S. 156.

J. cit.; Gl. Competit ad leg. 7 §. 12 D. h. t.; Gl. Exstructum sit ad leg. 2 C. cit.; und Gl. Tollat ad leg. 37 D. de rei vind. 6, 1 bezüglich der „media via“, welche für denjenigen vorgeschlagen wird, welcher anfangs in bona fide war, dann aber trotz mala fides superveniens weiter gebaut hat; ihm wird nämlich als ganz besondere Begünstigung ein jus tollendi zugestanden.

Soviel über diese Lehre, welche analoge Anwendung z. B. auch auf die plantata et inserta findet, s. Gl. In alieno solo posuere ad leg. 7 §. 13 D. h. t. 41, 1. Eine Hauptunterscheidung der Glosse, nämlich die zwischen impensae operis novi faciendi oder blos reficiendi causa factae, konnte deshalb hier keine Erwähnung finden, weil sie allzu unlöslich mit den allgemeinern Impensenlehren verknüpft ist, bei deren Besprechung sie dann auch an ihrer Stelle besprochen werden wird.

## §. 25.

## 2. Verbindung beweglicher Sachen mit beweglichen.

Eine Verbindung beweglicher Sachen mit beweglichen liegt stets dann vor, wenn nicht eine Verbindung mit dem Grund und Boden vorgenommen wird; so z. B. auch beim Erbauen eines nicht fest mit dem Untergrunde verbundenen Hauses, s. Gl. Inaedificatur ad §. 29 J. h. t. 2, 1. — Eine solche Verbindung ist nun auf sehr verschiedene Art möglich; erstens kann sie die Folge einer Verarbeitung sein, dann treten die besondern Regeln der Specification ein, s. Gl. Sed si plumbum ad leg. 5 §. 1 D. de rei vind. 6, 1; ferner aber ist sie möglicherweise auch blos

1) eine oberflächliche, das Wesen der Sache nicht ergreifende, kaum eigentlich Verbindung zu benennende Berührung zweier Sachen; Fall der bloßen Vermischung, commixtio nach der Terminologie der Glosse.[1]

---

[1] Diese Terminologie stimmt, ebenso bei der sogleich zu erörternden Lehre von der confusio, merkwürdig mit derjenigen der Stoiker überein;

Diese sagt nämlich, s. Gl. Utraque ad leg. 5 §. 1 D. de rei vind. 6, 1 und Gl. Competit ad §. 28 J. h. t., in scholastischer Ausdrucksform: Species dicuntur misceri, materia confundi (sc. dicitur); d. h. bei Verbindung mehrerer getrennter Arten spricht man von commixtio, bei Entstehung einer besondern Materie von confusio; man bemerke besonders, daß im ersten Satzgliede der Plural (species — dicuntur), im zweiten der Singular (materia), gebraucht ist; im ersten Falle bleiben die verbundenen Sachen eben zwei Sachen, im zweiten wird aus ihnen Eine Sache.[1] Wir reden hier nun zunächst von der commixtio, d. h. also der äußern Vereinigung zweier selbständig bleibender Sachen. Bei ihr kann von einer actio communi dividundo ebenso wenig wie von einer Veränderung an den Eigenthumsrechten die Rede sein, da jeder Eigenthümer seine Sache ganz einfach vindiciren kann; hinderlich kann nur werden, wenn die Trennung der factisch selbständig gebliebenen, aber doch ziemlich fest verbundenen Sachen eine schwierige ist. Dies ist der Fall, welcher von l. 5 §. 1 D. cit. an dritter Stelle behandelt wird[2], s. Gl. Sed si diduci ad hanc leg. Nahe lag hier dem Wortlaute nach die Annahme, daß eine wirklich innige Verbindung vorliege und ihr zufolge die verbundene Sache ins gemeinschaftliche Eigenthum der Eigenthümer der einzelnen Sachen falle; aber diese Annahme wird in der Gl. Sed si diduci cit. bestimmt zurückgewiesen und ausdrücklich hervorgehoben, daß, so lange die materiae beide selbständige Ganze bleiben, von einer Eigenthumsänderung ipso facto — anders, wenn noch der Wille der Eigenthümer hinzutritt, s. später — nicht die Rede sein könne.

---

commixtio = μίξις, κρᾶσις; confusio = σύγχυσις; s. Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen, Abschnitt 2, §. 2, S. 32 fg. Genau dieselbe Terminologie hat übrigens Placentinus, Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer, 1537, S. 23; sie scheint also eine bei den Glossatoren ganz feststehende gewesen zu sein.

[1] Etwas anders scheint Placentinus dies ausgedrückt zu haben, im allgemeinen stimmt er zu; s. die vorhergehende Anm. z. E.

[2] Während an erster Stelle Specification (mulsum), an zweiter einfache, bequem lösliche commixtio zur Erörterung kommt.

Nur die Modification tritt ein, daß jeder pro parte vindicirt, weil die schwere Lösbarkeit seine Sache momentan als Theil erscheinen läßt; diese pars ist augenblicklich incerta, wird aber sofort mit der Lösung wieder certa, s. Gl. Pro parte ad hanc leg., welche die Siglen des Rogerius und des Johannes Bassianus trägt. Das Zeichen nun, an welchem man erkennen kann, daß trotz der Verbindung noch mehrere selbständige Sachen vorliegen, also der Fall der commixtio in Rede steht, ist, daß die Verbindung nicht völlig inseparabilis ist, woher denn die citirten Glossen und weiterhin z. B. auch Gl. Idem juris est ad leg. 7 §. 9 D. h. t. 41, 1 häufig diesen Ausdruck gebrauchen, um zu sagen, es handle sich um bloße commixtio; daß aber die Glosse sich des zu Grunde liegenden innern Wesens der Sache völlig bewußt ist, wird wol als durch die bisher citirten Glossen nachgewiesen gelten können. — Abusive, fährt nun Accursius fort, wird aber von einem Falle, welcher eigentlich commixtio ist, der Ausdruck confusio, welcher sonst etwas ganz anderes bedeutet, dann gebraucht, wenn die Verbindung factisch eine so enge ist, oder anderweitig die Umstände derartige sind, daß praktisch eine Trennung der einzelnen, an und für sich gar nicht zu einer andern Gesammtsache verbundenen Sachen nicht durchführbar ist; dies ist der Fall bei Getreidehaufen, welche vermischt worden sind; s. genau diese Deduction in Gl. Utraque ad leg. 5 §. 1 D. cit. und ebenso bei Azo, Summa Inst., libr. 2, 1 fol. 246, Sp. 1 sub Nr. 1. Eine eigentliche Veränderung im Eigenthume geht demnach hier nicht vor sich, besonders werden die vermischten Getreidehaufen nicht gemeinsames Eigenthum der Einzeleigenthümer; es muß aber, da die factische Sonderung unausführbar, doch der Fall so behandelt werden, als wäre eine derartige Gemeinsamkeit in der That eingetreten, d. h. es muß jeder Eigenthümer statt der einzelnen ihm gehörigen Körner einen Antheil an dem Haufen zu erhalten sich genügen lassen, und auch dem andern gestatten, einen derartigen Antheil sich zu nehmen; mit andern Worten, es findet kein condominium, also auch keine actio communi dividundo, aber doch etwas Analoges, nämlich eine actio communi dividundo utilis statt, s. Gl. Apparet ad leg. 5 pr.

D. tit. cit. 6, 1; jeder Eigenthümer hat aber außerdem seine in rem actio, bei welcher er so viel vindicirt, wie ihm nach Schätzung des Richters im Verhältniß zu Quantität und Qualität zukommt, s. Gl. Competit ad §. 28 J. cit.

Ganz diesem gleich ist innerlich der Fall, wenn Geldstücke verschiedener Eigenthümer vermischt werden; daß hier trotzdem derjenige, welcher die Commixtion vorgenommen hat, nunmehr Eigenthümer der gesammten Geldstücke ist, wird von der Glosse als eine außergewöhnliche Anomalie, welche aber einmal durch eine Vorschrift positivi juris eingeführt ist, betrachtet; s. außer den citirten Glossen Gl. Accepit ad leg. 78 D. de sol. et lib. 46, 3. Nach dieser letztern Glosse geht das Eigenthum dem frühern Eigenthümer verloren quasi nummi sint consumpti per immixtionem cum aliis; dies ist auch der Fall, wenn der, qui commiscuit, in mala fide war, wenigstens nach der ganz consequenten Ansicht „Einiger".

Im ganzen haben wir, trotz dieser einzelnen Ausnahme, folgendes Resultat: Infolge einer äußern, leicht oder schwer, aber doch jedenfalls denkbarerweise auflöslichen und die Selbständigkeit der einzelnen Sachen nicht gefährdenden Verbindung tritt in den Eigenthumsverhältnissen eine Aenderung nicht ein; eine solche Verbindung führt den technischen Namen commixtio.

2) Dieser steht entgegen die confusio, d. h. die Verbindung zweier bisher selbständiger Sachen zu einem neuen Ganzen in untrennbarer Weise: Fall der l. 7 §. 9 D. h. t., der eigentlichen communio incidens. Hier geht das Eigenthum an den früher selbständigen, nun aber als solche gar nicht mehr denkbaren Bestandtheilen der neuen Sache unter; dagegen erwerben die frühern Eigenthümer der Bestandtheile der neuen Sache ein Theileigenthum an dieser, daher nunmehr in ihrem condominium stehenden neuen Sache und zwar so, daß die Quote eines jeden sich nach dem Verhältnisse des Werthes der ganzen neuen Sache zu dem Werthe des von ihm herrührenden Bestandtheiles richtet; es findet nun auch zwischen den Betheiligten eine echte actio communi dividundo statt; s. die verschiedenen bisher citirten

Glossen, welche den Gegensatz zwischen diesem und dem vorigen Falle ganz klar stellen.

Genau wie der Fall der confusio wird jedoch derjenige der commixtio dann behandelt, wenn diese letztere eine beabsichtigte, nach dem Willen beider Eigenthümer vorgenommene ist. Der Wille der Eigenthümer bewirkt dann bei ihr das, was bei der confusio eine Folge der Sachlage ist, nämlich condominium; so deutlich und schön Gl. Idem juris est ad leg. 7 §. 9 D. h. t. Die Frage, woher es kommt, daß hier der bloße Wille sachlich wirken kann, wird aufgeworfen von Gl. In sua substantia durant ad §. 28 J. h. t. 2, 1 und in hochinteressanter Weise beantwortet. Diese Glosse ist wol für die damalige Scholastik in der Jurisprudenz eine der charakteristischsten im ganzen Werke des Accursius. Sie bietet nämlich ein Eingehen auf Materien, welche nicht mehr ganz rein logisch-formaler Natur sind und zugleich eine feinere Art und Weise des Schließens, als wir dies von der Scholastik jener Zeit gewohnt sind; der Vergleich mit der Zeit, welche ja auch rein durch die Gedanken des Menschen in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zerlegt werde, während sie an und für sich Eine sei, ist freilich schief in seiner Nebeneinanderstellung zweier so verschiedener Dinge, wie die flüchtige Zeit und der reale Getreidehaufen sind, und insofern echt scholastisch-geschmacklos; das aber, was über das Wesen der Zeit gesagt wird, allein genommen; und weiterhin die geradezu elegante Durchführung des Gedankens, wie der Gemeindehaufen gemeinsam wird: sind Umstände, wol geeignet, als Vorboten oder erste Aeußerungen zu erscheinen jener Umwälzung, welche innerhalb der mittelalterlichen Philosophie durch das Wiedererscheinen und die Verbreitung einer ganzen Reihe bis dahin unbekannter Aristotelischer Werke um die Jahre 1220—50 vor sich ging, s. oben S. 25 fg.

Kehren wir zu unserm Thema zurück und ziehen wir das Resultat, so ist es dieses: Condominium an der neuen Sache, Verlust des Eigenthums an den alten Sachen ist die Folge von confusio und von commixtio voluntate dominorum facta; commixtio als zufälliges oder blos von Einem Betheiligten oder

schließlich auch von einem Dritten herbeigeführtes Ereigniß hat in Bezug auf die Eigenthumsverhältnisse gar keine Folgen, es sei denn, daß es sich um Geld handelt.

Gemeinsam ist den Fällen der commixtio und confusio, daß die in Verbindung tretenden Sachen sich ziemlich gleich mächtig entgegenstehen; sei es, daß eine bloße Verbindung selbständiger Sachen vorliegt, sei es, daß ein neues Ganzes entsteht, dessen Bestandtheile jene sind; eine dritte Möglichkeit bildet den Fall der eigentlichen

3) Accessio, d. h. den Fall, welcher eintritt, wenn zu einem schon bestehenden Ganzen eine bisher selbständige Sache als Theil hinzugefügt wird.[1] Als Theil wird diese Sache dann jedenfalls Eigenthum des Eigenthümers derjenigen Sache, zu welcher sie hinzugefügt wird; dabei kann ihr nun aber weiter die Möglichkeit, wieder losgelöst und selbständig zu werden, erhalten bleiben; die Verbindung kann jedoch auch eine so innige sein, daß die zugefügte Sache völlig absorbirt wird und als selbständige gar nicht mehr gedacht werden kann. Wir müssen demnach hier weiter unterscheiden

a. den Gegenstand, welcher Theil eines Ganzen wird, geht als selbständiger nicht völlig unter, sondern ist nur augenblicklich seiner Selbständigkeit beraubt[2]; dann besteht an ihm ein doppeltes Eigenthum; qua Theil gehört er dem Eigenthümer des Ganzen, qua selbständige Sache seinem frühern Eigenthümer. Die Consequenzen treten hier nun aber klarer zu Tage als bei dem Falle des verbauten Materials, welcher ja innerlich genau ebenso liegt, bei welchem aber die Regeln über das tignum junctum störend eingreifen; von diesen ist hier keine Rede und

---

[1] Man bemerke den sprachlichen Unterschied; bei commixtio und confusio ist die Rede von partes, Bestandtheile; hier von pars, Theil.

[2] S. besonders für diesen Fall, aber überhaupt auch für die ganze Lehre von dem Erwerbe durch accessio des Placentinus Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer, 1537, S. 24 fg., besonders S. 25 oben. Die eigenartige Verbindung und Eintheilung des Placentinus von accessio discreta und concreta, accessio de re ad personam und de re ad rem bedürfte einer besondern Darstellung, für welche hier kein Platz ist.

demnach gestaltet sich das Verhältniß so, daß der Eigenthümer der bisher selbständigen Sache mit der actio de exhibendo die Wiederherstellung dieser Selbständigkeit verlangen und sodann vindiciren kann, s. Gl. Vindicare ad leg. 23 §. 5 D. de rei vind. 6, 1. Hierhergehörige Fälle sind nicht nur solche, wie die gemma annulo inclusa, s. die Glosse ad leg. 6 D. ad exhibendum 10, 4[1], sondern auch diejenigen einer Verbindung per applumbaturam, deren Begriff sogleich unter b. im Gegensatze zur Verbindung per ferruminationem näher festzustellen sein wird; s. einstweilen Gl. Vindicare ad leg. 23 §. 5 D. cit.; ferner Gl. Totius rei ad leg. 23 §. 2 eod., wo es heißt: Totius, i. e. cujusdam corporalis totalis — totale enim corpus est statua, quae alteri rei non cedit . . . . non autem cujuslibet ejus partis, quando per applumbaturam; und ähnlich sagt Gl. Tota ad leg. 26 §. 1 D. h. t. 41, 1: Non intelligitur ita, quod quaelibet ejus pars, sed ita totaliter; vgl. übrigens schließlich noch Gl. Adjecerit ad leg. 23 §. 2 D. cit., in welcher der auf die Eigenschaft der Sache, ob sie facta oder infecta sei, gelegte Nachdruck so zu erklären ist, daß allerdings die früher selbständige Sache sich als eigentlicher Theil nur bei einer bearbeiteten Sache darstellen wird, während, wenn zwei rohe Massen zusammenkommen, regelmäßig der Fall jenachdem der confusio oder commixtio vorliegt. Das Merkmal der Verarbeitung fungirt hier als äußeres Unterscheidungszeichen gegen die beiden letztern Verbindungsfälle, wie sonst wol zwischen ihnen, s. oben S. 253, dasjenige der Lösbarkeit.

b. Die Verbindung ist eine derartige, daß die verbundene Sache ihre Existenz als selbständige verliert, nur noch als Theil erscheint, gar nicht mehr als besondere wiederhergestellt werden kann; dann ist mit der dies bewirkenden Verbindung das Eigenthum an ihr als selbständiger Sache nach allgemeinen Rechts-

---

[1] Vgl. auch Placentini Summa Cod., libr. 3, 42, ed. Schoeffer, S. 127, Z. 12 v. u.; und Azo, Summa Institutionum, libr. 2, 1, fol. 143 v, Sp. 1 unter Nr. 7, und fol. 144 v, Sp. 2 unter Nr. 14 bis fol. 145 v, Sp. 1 a. E.

regeln untergegangen; der Eigenthümer des Ganzen aber hat Eigenthum an ihr als Theil erworben, wie stets, nur mit weit mehr Effect, da ihm keine actio ad exhibendum droht. Der Hauptfall ist derjenige der ferruminatio, bei welcher dann consequenterweise die Glosse das Hauptgewicht darauf legt, daß die Verbindung mit demselben Material vollzogen wird, aus welchem sowol die Statue wie ihr Glied bestehen; d. h. also eine das früher selbständige Glied ganz absorbirende Verbindung ist vorhanden, wenn ferrum ferro mediante ferro, argentum argento mediante argento zugefügt wird; jede andere Verbindung ist applumbatura und nach den unter a. angegebenen Regeln zu behandeln. S. Gl. Materiam ad leg. 23 §. 5 D. de rei vind. 6, 1.[1] Ferruminatio ist also die Verbindung eines mit seinem Ganzen gleichartigen Theiles mit diesem Ganzen durch eine gleichartige verbindende Masse; diese Verbindung ist dann nämlich eben vermöge der völligen Gleichartigkeit dessen, was nun als Ganzes vor uns steht, eine solche, daß, wenn man den früher selbständige Sache gewesenen Theil wieder abschlüge, derselbe nicht als die ehemalige selbständige Sache, sondern als ein ganz neues Bruchstück erscheinen würde, s. Gl. Partes ad leg. 11 §. 8 D. de Publi. in rem act. 6, 2 verglichen mit Gl. Quod tamen ad leg. 11 §. 7 D. eod., analog, wie die inserta und inplantata, wenn man sie, nachdem sie Wurzel gefaßt haben, wieder ausrisse, nicht mehr dieselben wären, da sie vielmehr inzwischen andere geworden sind. S. Gl. In omnibus ad leg. 23 §. 5 D. cit. und vgl. Gl. Spiritu uno ad leg. 30 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3 mit ihrer „una elementatio". — So hat der alte Eigenthümer sein Eigenthum ganz verloren, und zur Entschädigung hierfür muß ihm wieder die actio in factum dienen, s. Gl. Materiam cit.

Im Gegensatze zu der Specification kommt es bei diesem

---

[1] Ganz bestimmt sagt auch das „Florentinische Rechtsbuch", ed. Cohn, III, 3, §. 16, S. 16: per plumbaturam, ubi facilis est separatio, ut in rebus diversorum generum, ut argenti ad aurum; per ferruminationem, ubi difficilis est separatio, ut in rebus ejusdem generis, ut auri ad aurum.

Eigenthumserwerbe nicht darauf an, ob die Verbindung bona oder mala fide geschehen ist, ebenso wenig ferner darauf, ob der Eigenthümer des Ganzen selbst die Verbindung vorgenommen hat, oder ein Dritter. Nur wenn der Eigenthümer des Statuengliedes selbst ferruminirt und so sein Eigenthum verliert, hat auch seine Redlichkeit eine gewisse Bedeutung; war er nämlich bei der Ferrumination in bona fide, so hat er, wenn auch keine actio (s. Gl. Pro portione ad leg. 27 §. 2 D. h. t.), doch eine exceptio zur Wahrung seines Entschädigungsanspruches; war er aber in mala fide, so wird nach Analogie der inaedificatio angenommen, daß er habe schenken wollen. So die Lehre des Azo, welche Accursius in ihrem ganzen Umfange approbirt hat, s. Gl. Materiam cit.

Nicht in ihrer Selbständigkeit, wie das der Statue durch ferruminatio verbundene Glied, werden die in ein Gewebe eingewebten Fäden, die sogenannten inserta, vernichtet; sie werden daher unter den Fall sub a. gerechnet und nach den dort aufgestellten Regeln behandelt, wobei demnach l. 7 §. 2 D. ad exhibendum 10, 4 als eigentlich entscheidend erscheint gegenüber §. 26 J. h. t. 2, 1. S. Gl. Extinctae ad §. 26 J. cit. und Gl. Coadunaveris ad leg. 7 §. 2 D. cit.; wobei für die Institutionenstelle in Betracht kommt, daß ihr Fall andererseits nahe an den der Specification streift, wie Gl. Purpuram ad §. 26 J. cit. richtig bemerkt. (Vgl. Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Accession und von den Sachgesammtheiten (Kiel 1867), S. 44—46).

Nachdem so die Rechtsregeln über die Accession auseinandergesetzt sind, bleibt noch übrig festzustellen, welche Sache dann Theil, welche Ganzes sei: da dies keineswegs immer von vornherein klar ist. Diese Frage kleidet sich meist in die Form einer Untersuchung darüber, quae res cedat alteri. Selbstverständlich ist, daß, wenn eine Sache so als Theil erscheint, wie das Glied einer Statue, gar keine Zweifel herrschen können, vielmehr treten solche erst dann auf, wenn das Verhältniß z. B. dadurch ein verwickelteres wird, daß die geringere Sache den höhern Werth hat. Hier werden zunächst die Sätze unserer Quellen durchgeführt: hoc spectamus, quae res sine altera esse non possit,

oder quid cujus rei ornandae causa adhibeatur, s. Gl. Species und Sed in coronis ad leg. 19 §. 13, 14 D. de auro 34, 2; Gl. Gemmea ad leg. 19 §. 20 D. eod.; Gl. Preciosior ad §. 26 J. h. t. und Gl. Laneum corpus ad leg. 26 pr. D. h. t. 41, 1. Ist nach diesen Bestimmungen keine Entscheidung möglich, so cedit minus majori; und erst dann, wenn auch dieser Gesichtspunkt versagt, minus pretiosum pretiosiori, s. Gl. Adjecerit ad leg. 23 §. 2 D. de rei vind. 6, 1. — Diese geringe Berücksichtigung des Preises, auf welcher die Glosse mit Nachdruck insistirt, ist die consequente Folge ihres von der Theilqualität ausgehenden und die aus derselben sich ergebenden Grundsätze strenge durchführenden Systems; Accursius kam nun hierbei, bei seiner immerhin die Worte des Gesetzes ängstlich beachtenden Weise, etwas in Collision mit der in §. 5 J. de fidejussoribus 3, 20 (21) gebrauchten Wendung: Non plus in accessione potest esse, quam in principali re, s. Gl. Preciosior ad §. 26 J. cit., welche auf diese Stelle und die bei ihr gegebene Lösung verweist. Die vollständig richtige Antwort findet sich denn auch in Gl. Nec plus ad §. 5 J. cit.; sie rührt her von Johannes Bassianus und beschränkt den Sinn des Ausdrucks accessio an dieser Stelle auf eine accessoria obligatio. — Keine Ausnahme ist es weiterhin, daß nach l. 44 pr. D. de aedil. ed. 21, 1 der Mensch nie als accessio erscheinen kann, denn dies ist nicht seines Geldpreises oder Werthes halber, sondern dignitatis causa bestimmt, s. Gl. Minoris ad hanc leg.

Ist nun aber nach keinem Merkmale eine Entscheidung darüber zu gewinnen, welche Sache Hauptsache, welche Theil ist, so liegt eben gar keine echte accessio vor, sondern jenachdem entweder commixtio oder confusio, denn es ist dann factisch nicht irgendeine von beiden Sachen so vorwiegend, daß sie die andere sich zu unterwerfen vermöchte; man kann also nur noch von Bestandtheilen, nicht mehr von Hauptsache und Theil reden. Ist demnach die Verbindung eine lösliche, durch applumbatura oder ähnlich bewirkte, so haben wir commixtio, s. Gl. Adjecerit cit., Gl. Pretiosior cit. und Gl. Rem manere ad leg. 27 §. 2 D. h. t.; ist dagegen die Verbindung eine unlösliche, etwa durch

ferruminatio bewirkte, so liegt confusio vor, s. Gl. Confusa ad leg. 27 §. 2 D. cit. in Verbindung mit Gl. Rem manere ad eand. leg. So fügen sich die Regeln über accessio, confusio und commixtio wieder zusammen und ergeben ein wohlgeordnetes, auf Einem Gedanken beruhendes, in den Einzelheiten elegant von der Glosse ausgeführtes Ganzes. Verbindet man die hier gewonnenen Resultate noch mit dem früher über die Ersitzung von Sachtheilen Bemerkten, so sieht man, wie außerordentlich fruchtbar das Princip sich erwiesen hat, die Sache als selbständige von derselben Sache als Theil völlig zu scheiden, indem durch dasselbe es der Glosse gelungen ist, in dieser complicirten Lehre mit System und Ordnung vorzugehen.

Es sind jetzt noch einige Specialfälle zu behandeln, welche einer zu ausführlichen Darstellung bedürfen, als daß sie ohne Störung des Zusammenhanges schon früher hätten erörtert werden können, nämlich die Fragen, welche sich an pictura und scriptura anknüpfen.

α. Pictura. Als die Meinung der Glosse ist diejenige des Azo zu betrachten, daß l. 23 §. 3 D. 6, 1 durch §. 34 J. h. t. 2, 1 in Verbindung mit l. 9 §. 2 D. h. t. 41, 1 corrigirt ist. Demnach ist die Hauptsache die Malerei, der cedirende Theil die Tafel. Zu demselben Resultate führte die Meinung des Johannes Bassianus, welcher den Schlußsatz von l. 23 §. 3 D. cit. nur auf die Schrift bezogen haben wollte. Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn der Maler in mala fide befindlich; denn dann soll er wieder nach Analogie des inaedificator so behandelt werden, als habe er dem Herrn der Tafel das Gemälde schenken wollen. S. Gl. Sed necesse est ad leg. 23 §. 3 D. de rei vind. 6, 1; Gl. Cedere ad §. 34 Inst. cit.; Gl. Utique si bona fide ad leg. 9 §. 2 cit.

Offenbar wieder nicht ohne malitiöse Nebenabsicht wird außerdem von Accursius eine andere Erklärung der l. 23 §. 3 cit. vorgetragen, welche von Placentinus herrühren soll.[1]

[1] Anfangs scheint diese durchaus nicht mit Placentinus, Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer 1537, S. 25, zu stimmen, wo vielmehr aus-

Nach dieser war die Tafel dann die pars cedens, wenn das Gemälde einen hohen Werth hat, sonst nicht. Ob aber das Gemälde werthvoll, geht zunächst hervor daraus, ob etwas Bedeutendes dargestellt ist, etwa ein Mensch, nicht ein Bär; dann, ob mit guter Farbe gemalt ist, nicht mit schlechter.[1] Einer besondern Widerlegung hält dies Accursius nicht für werth, denn er kehrt sofort wieder am Schlusse der Gl. Sed necesse est, welche diese Notizen gibt, auf andere Interpretationen zurück.[2]

Dieselbe Regel wie für die Malerei gilt für die Sculptur; s. die gleichlautenden Glossen Tabulam ad §. 34 J. cit. und Directam vindicationem, Schlußsatz, ad leg. 9 §. 2 D. cit.; dieselben berufen sich auf §. 12 J. de testamentis ordinandis 2, 10. — Richtig antwortet in Gl. Directam vindicationem cit. Johannes Bassianus auf die Frage, quid si tabula abrasa est? Resp. remanet pictoris; s. auch Gl. Imposuit ad §. 34 J. h. t.

Die Sachlage ist nun folgende. Der Maler hat die directa rei vindicatio, dem Eigenthümer der Tafel aber wird die utilis zugebilligt; beide können also, jeder auf Grund seiner Klage, dem Drittbesitzer Tafel mit Gemälde abholen, aber doch so, daß, wenn beide zusammen gegen einen Dritten klagen, der Maler durchdringt, s. Gl. Imposuit cit. und Gl. Utilem ad leg. 9 §. 2 cit. Klar ist endlich auch, daß, wenn sie gegeneinander klagen, jedenfalls derjenige, welcher zum Siege gelangen will,

---

drücklich die Ansicht verworfen wird, welche auf den Werth des Gemäldes sehen will. Dann aber, S. 26 eod., öffnet sich auf einmal eine Hinterpforte durch die Frage, was denn eigentlich ein Gemälde sei; zur Beantwortung werden dann genau jene Distinctionen herangezogen, von welchen nur im Text zu reden sein wird, so daß schließlich Accursius hier nur volle Bestätigung findet.

[1] Placentinus selbst loc. cit. sagt: .... si pictura non de calce vel encausto conficiatur, sed de coloribus variis confectis depingatur.

[2] Ein recht störender Druckfehler verunstaltet die Schlußworte dieser Glosse in meiner Ausgabe 1550; dort fehlt nämlich bei den Worten et ideo pictura semper trahit ad se chartam zwischen ideo und pictura ein sicut; erst durch Hinzufügung dieses sicut kommt dieser Satz mit dem vorhergehenden, welcher von scriptura handelt, wieder in einen vernünftigen Zusammenhang.

dem andern den Werth jenachdem des Gemäldes oder der Tafel offeriren muß. Es fragt sich nun: Wer wird, falls dieser Werthersatz von beiden angeboten wird, zum Siege kommen, stets der Maler oder stets der Eigenthümer der Tafel? Oder auch, ohne Rücksicht hierauf, stets der besitzende Beklagte oder stets der nicht besitzende Kläger?

Außer der inhaltlichen Schwierigkeit dieser Frage bietet dieselbe noch Anlaß zu besondern Zweifeln deshalb, weil Vet. Coll. §. 51 bei Hänel, Diss. dom., S. 36, hier ganz andere Autorenreihen aufführt, als die Glosse des Accursius besonders in Gl. Directam vindicationem cit.; die Differenz stellt übersichtlich zusammen Hänel am Ende von Note p zu diesem Paragraphen.[1] Nicht ganz unwahrscheinlich dürfte es sein, daß die von der Glosse wenigstens größtentheils approbirte Meinung allerdings, wie Vet. Coll. §. 51 behauptet, von Martinus herrührt, Accursius aber, als getreuer Bulgarianer, die Ehre derselben dem Bulgarus nicht ganz exacterweise hat zukommen lassen. Eine merkwürdige Bestätigung findet diese Ansicht in der Epitome juris civilis (ed. Boecking als Anhang zu seiner Ausgabe des Brachylogus), S. 271, Z. 20 — S. 272, Z. 5, wo[2] die Rolle desjenigen, nach dessen Theorie der Besitzer stets in schlechtester Lage ist, dem Bulgarus, die Idee hingegen, den Maler sich stets durch eine exceptio schützen zu lassen, dem Martinus zugeschrieben wird. Hierfür spricht nun noch, daß Placentinus jedenfalls der Ansicht war, welche Accursius dem Bulgarus beilegt, und doch von Accursius gar nicht erwähnt wird, s. Placentini Additiones ad Bulg. Commentarium in tit. de Reg. Jur. ad leg. 156 (198) §. 1, ed. Beckhaus, S. 150[3]; ja, hier scheint der Ursprung der ganzen Verwirrung zu liegen: vielleicht hat nämlich Accursius

---

[1] Hauptsächlich ist der Unterschied der, daß Vet. Coll. zum Autor derjenigen Meinung, welche die Glosse dem Bulgarus zutheilt, den Martinus macht; und umgekehrt.

[2] Genau wie in Vet. Coll., §. 51.

[3] Vgl. auch Placentini Summa Inst., libr. 2, 1, ed. Schoeffer 1537, S. 25 und 26.



gerade diesen Commentar des Bulgarus mit den Zusätzen des Placentinus bei Anfertigung der Glosse vor Augen gehabt; bei dem Zustande damaliger Handschriften konnte es ihm gewiß leicht begegnen, daß er den Zusatz des Placentinus als solchen nicht erkannte, worauf er dann die von ihm herrührende Bemerkung dem Bulgarus gutschreiben mußte. Dafür, daß dabei nicht geradezu mala fides untergelaufen ist, wenn auch vielleicht Accursius im umgekehrten Fall sorgfältiger zugesehen haben würde, spricht, daß Rogerius die Meinung, welche ihm die Glosse zulegt [1], wirklich eingenommen hat, s. seine Glosse ad leg. 9 cit. bei Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, Bd. IV, Anh. VIII, S. 520 Nr. 14. Wieder ganz anders läge die Sache nach dem „Florentinischen Rechtsbuch", ed. Cohn, III, 3 §. 9 a. E., S. 15 [2]; doch muß das Zeugniß dieses Werkes, dessen Autor, wie oben S. 76 fg. schon bemerkt, sicherlich kein Bononiensis war, hier als gewichtlos außer Betracht bleiben. Azo endlich in seiner Summa Inst., libr. 2, 1, fol. 245, Sp. 2 spricht sich sehr zweifelhaft aus, so daß aus ihm nichts zu schließen ist; allem Anschein nach hat er auf dem Boden der Auffassung gestanden, nach welcher stets der nicht Besitzende in besserer Lage ist; für die hier zur Rede stehende Frage gibt er kein Material, ebenso wenig Placentinus in der S. 263, Anm. 3, citirten Stelle. Nach alledem scheint zu einer definitiven Erledigung des Zweifels, von wem die verschiedenen Meinungen herrühren, nicht zu gelangen zu sein; dafür, daß Martinus der Autor der von der Glosse approbirten Theorie, haben wir einige Anzeichen, aber keine Beweise; fest stehen die Ansichten von Placentinus und von Rogerius. Bei diesem im

---

[1] Er steht dort auf derselben Seite wie Bulgarus.

[2] Die Stelle lautet: Si autem dominus tabulae magis possidet et eam petat pictor vindicatione, dominus tabulae secundum Bulgarum nullam habet exceptionem; Garnerius dat ei exceptionem, qua consequitur pretium tabulae; danach wäre wieder sogar streitig gewesen, ob der Maler von dem die Tafel Vindicirenden Ersatz für den Werth des Gemäldes verlangen kann; gerade dieser Punkt ist aber, s. oben, ein völlig feststehender, so daß schon hieraus die Unzuverlässigkeit dieser Quelle sich ergibt.

allgemeinen negativen Ergebniß wird im Folgenden jede persönliche Bezeichnung einer Lehrmeinung vermieden werden müssen.

Mit den Ansichten selbst verhält es sich nämlich folgendermaßen. Das nächstliegende, resp. bequemste Verfahren war jedenfalls dasjenige, welches den Kläger gegen den besitzenden Beklagten unter der Bedingung, daß er pretium picturae sive tabulae offerire, jedesmal zum Siege gelangen ließ. Ueber die hierin liegende Anomalie mußten dann einige weit hergeholte Beispiele ähnlicher Verhältnisse weghelfen, oder man begnügte sich auch zu bemerken: Mirabile contingit hic, quod conditio possidentis est deterior. Davon, daß bei dieser Sachlage der eben Unterlegene den jetzigen Besitzer mit Erfolg hätte wieder einklagen können und dann in Ewigkeit so fort, findet sich kein Wort in der Glosse, dieser Einwurf scheint also nicht gemacht worden zu sein. Dennoch ist man bei dieser rudimentären Auffassung nicht verblieben; man hat vielmehr weiterhin dem besitzenden Beklagten das Recht zugestanden, auch seinerseits dem Kläger den Werth des von letzterm herrührenden Gegenstandes, sei es der Tafel, sei es des Gemäldes, zu offeriren und so seinen Besitz zu bewahren. Man ging hierbei zur Begründung eines derartigen Rechtes des Beklagten aus von dem Satze: Qui habet actionem, debet habere exceptionem, welcher zu diesem Zwecke allerdings stark urgirt werden mußte; das Resultat jedoch, nach welchem nun — Bereitwilligkeit zum Offeriren des Preises stets vorausgesetzt — immer der Besitzer siegt, ist schon ein weit erträglicheres als das vorher dargestellte.

Wir finden nun aber in der Glosse noch eine Distinction mehr. Wenn der Maler besitzt, so soll er den Besitz gegen den klagenden Tafeleigenthümer dadurch behaupten können, daß er ihm den Preis der Tafel offerirt; dem im Besitze befindlichen Tafeleigenthümer soll aber ein derartiges Recht gegen den klagenden Maler nicht zustehen: ut sit differentia inter dominum (sc. tabulae, der eigentlich gar nicht mehr Eigenthümer ist, sondern nur eine vindicatio utilis hat, s. Gl. Utilis actio ad §. 34 J. cit.) et pictorem (der wirklich Eigenthümer ist). Demnach ist jetzt der Maler stets Sieger; sei es, daß er sich mit Erfolg

gegen den klagenden Eigenthümer der Tafel vertheidigt, sei es, daß er mit Erfolg von diesem das Gemälde einklagt. S. Gl. Directam vindicationem cit. und Gl. Imposuit ad §. 34 J. cit.

β. Scriptura. Wenn jemand auf eine fremde charta geschrieben hat, so cedit scriptura chartae. War der Schreiber in mala fide, so wird die Sache wieder so angesehen, als habe er schenken wollen, s. Gl. Bona fide ad §. 33 J. h. t. 2, 1; war er in bona fide, so hat er nach den Vorschriften unserer Rechtsquellen — das ist in der Glosse nicht mehr streitig — nur eine actio utilis gegen den dominus chartae, welcher die Schrift cedirt. Es lag nahe, die Frage aufzuwerfen, warum denn hier die Schrift dem Papiere cedire, während die Tafel dem Gemälde cedirt. Die Antwort, welche Johannes Bassianus gab, zur Zeit des Justinianus sei Schrift stets weit weniger werthvoll gewesen als Gemaltes, konnte wol als richtig angenommen werden, aber um so weniger befriedigen, als dieses Werthverhältniß zu den Zeiten der Glossatoren nicht mehr existirte; und so war denn die Verlockung groß, einen Schritt weiterzugehen und zu sagen: da sich die Verhältnisse in Bezug auf den Werth der Schrift inzwischen geändert haben, so gilt für diese jetzt dasselbe, was Justinianus für die Gemälde verordnet hat. Schon Martinus, s. Vet. Coll., §. 50, Hänel, Diss. dom., S. 35 und 36, hatte etwas Aehnliches in das Gesetz hineininterpretiren wollen, wenn er sagte: scripturam ita demum cedere chartis, si chartae sint pretiosiores; Jacobus, Bulgarus und Johannes Bassianus haben freilich wieder bestimmt das Gegentheil behauptet, womit besonders auch des letztern schon oben S. 261 erwähnte Interpretation von l. 23 §. 3 D. de rei vind. 6, 1 in Zusammenhang steht; Azo ist es aber gewesen, welcher in der angegebenen Weise, offen anerkennend, daß der Wortlaut des Gesetzes gegen ihn sei, aber aus der ratio legis argumentirend die Grundsätze der pictura auf die scriptura entschieden ausgedehnt haben wollte. An diese Ansicht des Azo erinnern die Schlußworte von Gl. Sed necesse est ad leg. 23 §. 3 D. 6, 1[1];

---

[1] Vgl. wegen derselben oben S. 262, Anm. 2.

jedoch hat Accursius definitiv sich nicht entschließen können, Azo in seinem kühnen Vorgehen zu folgen, so daß nunmehr wieder die alte Meinung des Bulgarus, nach welcher die Buchstaben dem beschriebenen Material ohne jede Unterscheidung cediren, als die von der Glosse approbirte erscheint. S. Gl. Directam vindicationem cit. und Gl. Bona fide ad §. 33 J. cit., letztere mit Berufung auf die aus dem Unterschiede zwischen den Schlußworten von l. 27 C. de testament. 6, 23 und l. 32 §. 6 C. de appell. 7, 62 hervorgehende Interpretationsregel; vgl. Azo, Summa Inst., libr. 2, 1.

Soll noch einmal ganz kurz zusammengefaßt werden, welches die Theorie der Glosse über die verschiedenen Eigenthumserwerbsarten ist, deren gemeinsame Bezeichnung als „accessio" eine gewisse Zusammengehörigkeit andeutet, so kann dies nicht besser geschehen als mit den Worten des Azo, Summa Inst., libr. 2, 1, Sp. 1, S. 144v. unten — Sp. 2 oben: Illud notandum videtur ex praedictis, quod jure accessionis quando res *videtur* extingui ... ut in rota et manica et gemma; et haec accessio non adimit dominium rei. Et idem in tigno injuncto et in applumbatis. Secus in ferruminatis et plantatis et satis et in confusis et in specificatis. Istae enim accessiones transferunt dominium rei. (Et idem *videtur* in nummis mixtis cum alienis.)

---

## IV. Verlust des Eigenthums.

### §. 26.

Ueber den Verlust des Eigenthums ist nichts Besonderes mehr zu sagen, da bereits im vorigen Abschnitte stets bei den betreffenden Gelegenheiten über denselben das Nöthige mitgetheilt ist. Wie das Eigenthum durch Vernichtung des Objects, sei dieselbe nun eine völlige oder nur eine Vernichtung des Objects als selbständigen, mit vernichtet wird, ist besonders schon in Ver-

bindung mit der Lehre von der Accession — im weitern Sinne — auseinandergesetzt. Der Verlust des Eigenthums an wilden Thieren ist bei den Grundsätzen über Eigenthumserwerb an denselben mit behandelt; und schließlich bildet der regelmäßige Fall des Eigenthumsverlustes, nämlich derjenige durch Uebertragung an einen andern, das eigentliche Thema der ganzen Lehre von der Tradition.

Diese wenigen Worte werden daher wol genügen, und gehen wir nunmehr sofort auf den folgenden Abschnitt, welcher von den Eigenthumsklagen handelt, über.

---

## V. Eigenthumsschutz.

### A. Rei vindicatio.[1]

### §. 27.

### 1. Allgemeine Grundsätze; rein dingliche Seite.

Eine sehr schöne und klare Uebersicht über Wesen, Anwendung und Bedeutung der rei vindicatio gibt die Glosse zur

[1] Zusammenhängend handelt über diese Placentinus, de varietate actionum, libr. 1, tit. 4 de Rei Vindicatione (in meiner Ausgabe S. 13 bis 20). Die dort gegebene Darstellung gewährt eine sehr schöne und klare, auch heute im allgemeinen noch mustergültige Auseinandersetzung der verschiebenen in Betracht kommenden Fragen; nachdem zuerst die Eintheilung in actio directa und utilis erledigt, folgen Ausführungen nach dem Schema: Dicendum est, quid sit in rem actio, unde nascatur, cui competat et in quem, quid in eam veniat et quid sit in ea judicis officium et qualis sit haec actio. Einige Singularitäten des Placentinus werden im Laufe der Darstellung zu berühren sein. Ebenfalls zu beachten, wennschon ungleich oberflächlicher und weniger bedeutend, sind die Erörterungen in dem „Florentiner Rechtsbuch" ed. Cohn, IV, 6 de rei vindicatione und IV, 7 de utili vindicatione, zusammen S. 82—87, wobei noch hinzuzunehmen IV, 5 de hereditatis petitione, S. 78—82; Neues bietet diese Darstellung kaum.

Titelüberschrift de rei vindicatione D. 6, 1. Wir haben hier nun zunächst die allgemeinen Grundsätze und die rein dingliche Seite der Vindicationsklage festzustellen, um dann von den obligatorischen Beziehungen in §. 28 und 29 zu handeln.

1) Kläger ist der nicht innehabende Eigenthümer der Sache. Man hat hier den schwierigen Beweis des Eigenthums von jeher durch verschiedene Präsumptionen zu erleichtern sich bemüht; einverstanden ist man über die erste dieser Präsumtionen: qui fuit dominus, adhuc dominus esse praesumitur, s. Gl. Constituti ad leg. 16 C. de probationibus 4, 19. Dieselbe ist im Grunde weiter nichts als eine Anwendung der heuzutage allgemein anerkannten Rechtsregel, daß, wenn die Existenz eines Rechtes einmal bewiesen ist, seine Fortdauer bis zum Gegenbeweise angenommen wird. Ebendeshalb aber war es auch höchst bedenklich, mit Placentinus und Hugolinus nun weiter zu sagen: Qui possedit, praesumitur adhuc possidere; hiermit war der Besitz, indem er jener allgemeinen Regel unterstellt wurde, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend als Recht charakterisirt. Und das hat die Glosse wohl gefühlt, wenn sie im entschiedensten Ton diese Meinung verwirft, wenigstens in Bezug auf den beim Beklagten im Fall der rei vindicatio nöthigen Besitz; während es allerdings richtig ist, daß man von dem Usukapienten nicht wohl den Beweis seines Besitzes für jeden Moment der Usukapionszeit erwarten kann und hier sich mit dem Beweise des Beginnes und ungestörter Fortdauer im allgemeinen wird begnügen müssen. Johannes Bassianus war als consequenter Gegner des Placentinus offenbar auch nur dies zuzugeben nicht geneigt, während Gl. Constituti cit. uns die hier dargestellte Ansicht in Form einer solutio zwischen den Meinungen beider bietet.

Placentinus scheint hier überhaupt mit mannichfachen Vermuthungen operirt zu haben; denn weiter stellte er nach Gl. In vacuam ad leg. 12 C. de probationibus 4, 19 noch die Behauptung auf, daß es zum Beweise des Eigenthums genüge, den Erwerbsvertrag, den Besitzerwerb und — beim Kaufe — Zahlung des Kaufpreises zu beweisen, mit andern Worten, es soll präsumirt werden, es sei Verkäufer, Tradent im allgemeinen, Eigen-

thümer gewesen — eine Präsumtion, welche fortwährend wiederkehrt und wol auch heute noch ihre Vertheidiger findet. Sie hängt zusammen mit der Schwierigkeit des Beweises des Eigenthums des Autors, wenn dieser wieder den Beweis des Eigenthums von dessen Autor erfordert u. s. w.; die Frage verdient daher eine etwas ausführlichere Erörterung. Der Klippe, die rei vindicatio auf diese Weise mit der Publiciana zu identificiren, ist zunächst Placentinus entgangen dadurch, daß er speciell von Eigenthumsübergang infolge eines Kaufes spricht; er nimmt, von diesem Einzelfall ausgehend, unter die bei der Vindication zu beweisenden Thatsachen, wie schon erwähnt, die Zahlung des Kaufpreises auf und bemerkt nun ausdrücklich, Beweis dieser Zahlung sei bei der Publiciana nicht nöthig. — Diese Präsumtion des Placentinus ist nun, wie die Glosse bemerkt, allerdings wenigstens praktisch ganz unverfänglich dann, wenn der Vindicant gegen seinen eigenen Verkäufer klagt; denn dieser letztere wird von seinem Ankäufer nie den Beweis verlangen können, daß eben er selbst, der Verkäufer, Eigenthümer der verkauften und tradirten Sache gewesen sei, indem er sonst improbe handeln würde, cum veniret contra factum suum. Hierbei ist nun allerdings übersehen, daß der Verkäufer zur Eigenthums-Tradition nicht verpflichtet ist und diesen Umstand also doch, wenigstens formal, gegen eine derartige Vindication geltend machen könnte; doch ist dieser ganze Fall ja nur Nebensache. Hauptsächlich wichtig ist für uns, daß die Glosse die weitergehende Präsumtion des Placentinus auf einen Fall beschränkt, in welchem andere, allgemeine Rechtsgrundsätze das ihr gleichkommende Resultat herbeiführen; daß sie aber im übrigen, theoretisch bestimmt, außer den von Placentinus geforderten drei Nachweisen noch den des Eigenthums des Verkäufers auf das unzweideutigste als nöthig bezeichnet. Sie schließt sich hiermit Johannes Bassianus und Azo an — s. Azo, Lectura in Cod., in leg. 12 C. cit. §. 6 — aber auch nicht, ohne wie diese Autoren die nun entstehenden Schwierigkeiten zu verkennen. Doch gelangen diese letztern zu richtiger Lösung; die sogenannte probatio diabolica — ein Ausdruck, welchen ich übrigens weder bei Accursius noch sonst bei

den Glossatoren gefunden habe — wird begrenzt, sei es mit Hülfe des Instituts der Verjährung, sei es, wenn ein Originalerwerb etwa von seiten des Vorgängers vorliegt, durch die Bestimmungen über Specification, Occupation u. s. w.; der völlig stricte Nachweis des Eigenthums ist demnach, wenn auch schwierig, so doch möglich.. Für seine Meinung konnte Placentinus sich nur auf l. 16 C. cit. berufen, welche allerdings auf den ersten Anschein dem Beklagten den Beweis seines Rechtes aufzubürden scheint, ohne daß vorher Kläger sein Eigenthum bewiesen hätte. Doch genügt zur Erklärung dieser Stelle völlig die erste, allgemein zugegebene Präsumption von der Fortdauer des einmal als vorhanden nachgewiesenen — resp. zugegebenen — Eigenthums. Da nämlich hier die Parteien über das Eigenthum des Erblassers einig sind, ebenso über die Erbenqualität der Kläger, so folgt von selbst, daß letztere als Eigenthümer gelten, bis die Beklagten den Beweis ihres Erwerbes geführt haben. Dies ist, wie Cod. Chis., §. 72, bei Hänel, Diss. dom., S. 170 fg., besonders S. 171 oben, noch zum Ueberfluß bestätigt, die Erklärung der Gl. Facti sunt ad leg. 16 C. cit., welche auch sonst in sehr interessanter Weise die Theorie der Glosse von der Präsumtion, ihren Arten und ihren Bedeutungen entwickelt, wobei hauptsächlich mit der bekannten Unterscheidung zwischen bindenden und blos die Beweislast verschiebenden Rechtsvermuthungen operirt wird, welche jedoch in einem etwas fremdartigen, theoretisch sie nicht ganz schlecht kleidenden Gewande auftritt; cf. Plac. Summa Cod. in libr. 4, 19 ed. Schoeffer, S. 149, Z. 22. Wir können uns jedoch die Besprechung der nicht hierhergehörigen Lehre von den Präsumtionen im allgemeinen um so weniger gestatten, da wir schließlich noch einer von Placentinus aufgestellten, ganz eigenthümlichen Vermuthung zu erwähnen haben; wer nämlich im Besitz ist, soll schon infolge dieses Umstandes als Eigenthümer gelten. Unwillkürlich denkt man hierbei an die Besitztheorie Ihering's; was bei diesem in feiner Form auftritt, hat bei Placentinus die damals gebräuchliche Gestalt der Präsumtion angenommen: die Voraussetzung nämlich, daß regelmäßig der Besitz die Erscheinungsform des Eigenthums sein wird. Großen

Schaden hätte übrigens diese Theorie des Placentinus nicht angerichtet, selbst wenn sie im allgemeinen acceptirt worden wäre; denn einerseits hätte der Besitzer sie nicht benutzen können, um zu klagen, da der Besitzer zu vindiciren im allgemeinen keine Veranlassung hat; und andererseits liegt dem nicht besitzenden Kläger jedenfalls der Beweis ob, was dann immerhin in der Weise ausgedrückt werden mag, der Besitzer habe die Präsumtion — des Eigenthums — für sich. Ganz anders gestaltet sich jedoch die Sache, sobald wir diese Präsumtion mit der andern verbinden, daß, wer einmal nachweislich besessen hat, als Besitzer präsumirt wird, und auch so weit scheint Placentinus gegangen zu sein; denn nun stellt sich das Resultat heraus, daß es genügt, zu beweisen, einmal besessen zu haben, um als Eigenthümer präsumirt zu werden: eine Combination, welche eine geradezu Schwindel erregende Aussicht eröffnet. Und für diese seine Theorie entbehrt Placentinus auch nicht ganz des gesetzlichen Anhalts; er findet denselben in l. 2 C. de probationibus 4, 19 i. f. und ihrem ungenauen Ausdruck. Trotzdem haben sich Johannes Bassianus, Azo, Accursius wohl gehütet, auch nur die eine von beiden Vermuthungen anzuerkennen; wie sie zu derjenigen von der Fortdauer des Besitzes stehen, ist bereits ausgeführt; doch auch diejenige wegen des Schlusses von Besitz auf Eigenthum wird ausdrücklich von ihnen mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit abgelehnt; s. Gl. In vacuam cit.; Gl. Dominium ad leg. 2 C. cit., und Azo, Lectura in Cod., ad leg. 2 C. cit. §. 2.[1]

---

[1] Von diesen Vermuthungen des Placentinus handelt ausführlich Bruns, Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium, im „Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts", herausgegeben von Becker und Muther, Bd. 4 (1860), S. 56 fg. Danach scheint Placentinus, indem er derartige Rechtsvermuthungen aufstellte, von deutschrechtlichen Ideen beeinflußt gewesen zu sein; s. Bruns, a. a. O., S. 30 fg. und besonders S. 32; da aber Placentinus mit ihnen allein dasteht, so kann von derartigen Einflüssen auf die Lehre der Glosse nicht die Rede sein; eigentliche Bedeutung gewinnen dieselben wol vielmehr erst bei den Postglossatoren; dies ist zu beachten gegen Delbrück, Die dingliche Klage des Deutschen Rechts, S. 254 fg.

Das Resultat der Glosse ist demnach ein negatives; von den vielen, auf diesem Boden üppig wie Pilze wuchernden Vermuthungen erkennt sie nur die eine von der Fortdauer des einmal nachgewiesenen Eigenthums an und operirt mit derselben so, daß alle übrigen unnöthig werden; infolge dessen gestaltet sich ihr Eigenthumsbeweis zu einem, wenn auch möglichen, denn doch immerhin überaus strengen und schwierigen.

2) Beklagter ist jeder Inhaber, nicht blos der Besitzer; denn das, worauf es ankommt, ist die facultas restituendi, diese aber haben commodatarius und ähnliche bloße detentores ebensowol wie juristische Besitzer, s. Gl. Peti posse ad leg. 9 D. h. t. 6, 1. Schwierigkeiten machte freilich cap. I der Nov. 88 (Coll. VI, tit. 14); einige Glossatoren scheinen sogar so weit gegangen zu sein, anzunehmen, durch diese Novelle werde das frühere Recht corrigirt; Accursius aber hat die Lösung, wie so oft, Johannes Bassianus entnommen, indem er den Unterschied zwischen vindicare und interdicere hervorhebt; denn nur von letzterm handle die fragliche Novelle, und es bedeute in ihr interdicere etwa soviel wie dinglichen Arrest anlegen, s. Gl. Extrinsecus ad Nov. cit. Ist sonach der blos naturaliter possidens[1] zweifellos richtiger Beklagter, so wird die Stellung des civiliter possidens[1] eben hierdurch fraglich. Die Antwort ist die, daß er auch eingeklagt werden kann, si habet facultatem restituendi, aber stets ohne Präjudiz für den Naturalbesitzer, s. Gl. Accedere possessionem i. f. ad leg. 13 §. 7 D. de acq. vel am. poss. 41, 2; und Gl. Quolibet modo ad leg. 2 C. ubi actio in rem. 3, 19.

Wann nun freilich derjenige, welcher blos civiliter possidet, die facultas restituendi habe, ist selbst zwischen Johannes Bassianus und Azo streitig gewesen; doch scheint die Glosse sich letzterm mehr zuzuneigen, wenn er als richtigen Beklagten z. B. denjenigen bezeichnet, welcher seinen Besitz precario verliehen hat: da er ja in jedem Moment dem precario possidens den Besitz nehmen und ihn dem Kläger restituiren kann; vgl. auch Azo, Lectura in Cod., ad leg. 2 C. ubi in rem 3, 19 §. 3

[1] Um die Terminologie der Glosse zu gebrauchen.

und 4; sowie Hugolinus, §. 141, bei Hänel, Diss. dom., S. 370; bemerkenswerth ist übrigens, wie bei dieser Gelegenheit die Trennung zwischen Civil- und Naturalbesitz wieder in den Vordergrund tritt. Es sind jetzt noch einige Einzelheiten zu besprechen:

a. Erst in Verbindung mit dem Satze, daß der blos naturaliter Besitzende richtiger Beklagter ist, wird der sub 1) zu Anfang aufgestellte Satz klar, daß Kläger der nicht innehabende Eigenthümer sei; d. h. also, daß eine Störung seines Besitzes nicht vorliegen müsse, woraus denn folgt, daß auch der im Besitze befindliche Eigenthümer gegen den in seinem Namen die Sache detinirenden Naturalbesitzer klagen kann. Dies ist die bekannte, auch heute wol noch am häufigsten angeführte Construction des berüchtigten unus casus in §. 2 J. de actionibus 4, 6; sie wird gegeben von Gl. Neget rem actoris esse ad §um cit. Aber die Glosse läßt uns hier die Wahl zwischen dieser und zwei andern Erklärungen. Johannes Bassianus verstand nämlich den unus casus von allen Einreden überhaupt, bei welchen der Beklagte ja actoris partes obtinet, wobei er dann besonders betonte, daß es in den Institutionen nicht heißt agit, sondern eben jener vorsichtige Ausdruck gewählt ist; die von dem §. 2 cit. angezogene Pandektenstelle wäre dann etwa l. 1 D. de exceptionibus etc. 44, 1. Die dritte Deutung schließlich ist die, daß es sich um ein duplex judicium handle, wonach die Stelle in den Digesten l. 13 D. de judiciis et ubi 5, 1 wäre, s. Gl. Uno casu und apparebit ad §. 2 J.. cit. — Welche Ansicht Accursius approbirt hat, ist schwer zu entscheiden; da aber die Sache nicht weiter von Gewicht ist, so genüge es, gezeigt zu haben, daß außer der allgemein bekannten und geschätzten Interpretation dieser Stelle die Glosse uns zwei noch ganz annehmbare andere bietet.

b. Wenn gegen denjenigen vindicirt wird, welcher blos naturaliter besitzt, so kann dieser die hieraus für ihn entstehende Härte und die Gefahr seinem Vermiether oder Verleiher u. s. w. gegenüber dadurch von sich abwenden, daß er letztern mit in den Proceß zieht, nominatio autoris, s. über diese die Glossen zu l. 2 C. ubi in rem 3, 19; Lect. in Cod. Azonis ad leg. 2

C. h. t.; Summa Cod. Placentini in hunc tit., ed. Schoeffer, S. 106 oben. Zunächst ist festzuhalten, daß sowol bei Placentinus wie bei Azo diese nominatio autoris nur als eine dem in fremdem Namen Besitzenden eingeräumte Rechtswohlthat erscheint, welche allenfalls — so namentlich Azo — zu einer Pflicht für ihn dem gegenüber werden kann, in dessen Namen er besitzt, nicht aber dem Kläger gegenüber; so dann auch Gl. Debet ad leg. 2 C. cit.: wenn der detentor seinen Autor nicht nominirt, so geht der Proceß gegen ihn seines Weges weiter, und der, in dessen Namen er besitzt, kann ihn nur etwa später mit der obligatorischen Klage angreifen. Das Recht, auf den Autor verweisen zu können, gibt l. 2 C. cit. nun blos dem Inhaber von Immobilien, und auf diesen beschränkt es sich wirklich nach Placentinus[1]; Azo aber und mit ihm die Glosse halten es für ausgedehnt auf Mobilien durch die Auth. Qua in provincia ad leg. 2 C. ubi de criminibus 3, 15. In dieser hat nämlich die höchst sonderbare, auch in Nov. 69, cap. I, aus welcher jene Authentika gezogen ist, auftretende Wendung: „ex cujus domo iniquum quid patior" den Glossatoren stets viel zu thun gemacht; den zu Grunde liegenden Fall hat man in mannichfacher Weise zu construiren versucht, nachdem einmal das Nächstliegende, daß es sich um effusa et dejecta handle, verneint worden war, s. die Glossen ad Auth. cit. und ad Nov. cit. (Coll. V, tit. 20); da hat nun Azo sie mit kühner Wendung so interpretirt, man s. Azo, l. cit. §. 4, daß aus ihr eine Erweiterung des Instituts der nominatio autoris auf den Innehaber einer Mobilie folgt.

Eine weitere Streitfrage war, ob auch derjenige, welcher die Sache auf Grund eines jus in re besitze, den Autor nominiren dürfe; s. Hugolini §§. 140—143, bei Hänel, Diss. dom., S. 369 bis 371. Irnerius und Placentinus waren nicht geneigt, dies zu gestatten; eine ganz besondere Stellung scheint, gestützt auf l. 9 D. h. t., Martinus eingenommen zu haben, von welcher nach Hug. §. 140 a. E. nur so viel klar wird, daß er davon aus-

[1] S. auch Placentinus, de varietate actionum, libr. 1, tit. 4 in meiner Ausgabe, S. 15.

ging, daß die nominatio nur bei Immobilien möglich sei, während seine Ansicht über die eigentliche Streitfrage dunkel bleibt; Johannes Bassianus und Azo endlich geben das Recht, sich auf ihren Autor zu beziehen, allen, welche nicht auf Grund eigenen Eigenthums besitzen, so auch dem Emphyteuta, dem Feudatarius. Diesen schließt sich Accursius, wie gewöhnlich, an, s. Gl. Quolibet modo ad leg. 2 C. cit., und so findet nach der Glosse die nominatio autoris statt bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen und seitens desjenigen sowol, der blos infolge eines Mieth- oder ähnlichen Vertrages, wie desjenigen, der auf Grund eines jus in re die Sache innehat.[1] Darum ist aber die Stellung der beiden letztern doch noch insofern nicht gleich, als letzterer neben dem erscheinenden Nominirten Proceßperson bleibt und versuchen kann, sein dingliches Recht zu vertheidigen, während ersterer nach der Nomination ganz zurücktritt; s. Azo, l. cit. §. 6 a. E. und Gl. Quolibet modo cit. Erscheint nun aber der Denominat nicht, so kommt dieser in die Rolle desjenigen, welcher nach erfolgter Litiscontestation contumax ist, und infolge dessen wird der Kläger in possessionem geschickt. Was dies weiter zur Folge habe, ist außerordentlich streitig; schon früher, bei Gelegenheit des Eigenthumsüberganges durch Richterspruch, ist erörtert worden, ob durch missio e primo oder e secundo decreto Eigenthum übergehe; wir haben damals gesehen, daß dies für das zweite Decret nach Bulgarus, Johannes Bassianus, Pillius, Azo und Accursius allerdings der Fall ist, nach Martinus, Jacobus und Placentinus nicht. Hier ist die Sache nun genauer dahin zu präcisiren, daß nicht alle missiones ganz gleichstehen; dort war die Rede eigentlich nur von dem rein civilistischen Fall der missio wegen damnum infectum und dergleichen mehr; hier ist nun von der missio als processualem Hülfsmittel (missio e contumacia) zu handeln, bei welcher nach Johannes Bassianus, Azo und der Glosse die Sache folgender-

---

[1] Soll diese weite Ausdehnung der Denomination zusammenhängen mit germanischen Rechtsanschauungen, vgl. Sachsenspiegel, Landrecht, II, 7 §. 4 und Richtsteig Landrecht's, Kap. 14?

maßen liegt, s. Gl. Servata ad leg. 2 C. cit. und Gl. Audiatur ad leg. 13 (11) §. 3 C. de judiciis 3, 1, sowie noch Hugolini §. 106, bei Hänel, Diss. dom., S. 340; anders Placentinus, loc. cit. — (1) Ist schon lis contestata und die Sache so weit verhandelt, daß sie klar ist, so ist zu entscheiden über possessio und über proprietas, d. h. dann kann der Richter trotz der Contumacia in der Sache selbst definitiv erkennen. (2) Ist aber nur lis contestata vel quasi, wie z. B. letzteres der Fall ist bei der missio gegen den Denominaten, welcher die Sache nicht aufnimmt, so schickt der Richter, nachdem er blos vorläufig die Sache untersucht hat, damit keine reine calummia zum Siege führen könne, den Kläger in den Besitz, ohne in der Sache selbst zu erkennen, d. h. bei der rei vindicatio entscheidet er nur wegen des Besitzes, nicht wegen des Eigenthums; vielmehr kann der säumig gewesene Beklagte die Klage, um welche es sich gerade handelt, also hier die Eigenthumsklage, stets wieder anregen, indem er klagend gegen den nun besitzenden frühern Kläger vorgeht. (3) Ist endlich nicht einmal eine Litiscontestation vorhergegangen, so gibt der Richter dem Kläger allerdings auch den Besitz, aber nur provisorisch; denn der Beklagte kann sich innerhalb eines Jahres melden und dann den Besitz zurückerlangen, so daß die Rollen dann dieselben bleiben. Den ersten und dritten Fall haben wir hier nicht näher zu erörtern, wohl aber den zweiten, welcher bei dem nicht in den Proceß eintretenden Denominaten stets vorliegt. In diesem zweiten Falle nun ist wieder ein Doppeltes möglich; die Klage, auf welche der Beklagte nach geschehener Litiscontestation sich säumig gezeigt und der Kläger deshalb die missio sich verschafft hat, kann eine in personam gerichtete gewesen sein; dann wird der Kläger allgemein in das Vermögen des Beklagten eingewiesen, erwirbt aber an demselben keinen eigentlichen Besitz, den er ja an irgendeinem Stück dieses Vermögens gar nicht beansprucht, sondern die ganze Maßregel bleibt ein rein processualisches Hülfsmittel; er kann also auch nicht ersitzen, der früher säumige Beklagte kann stets wieder gegen ihn klagen, solange die neue Klage nicht verjährt ist, also 30 Jahre lang. Handelte es sich dagegen um eine in rem

gerichtete Klage — wie bei der nominatio autoris ja stets — so geschieht die missio blos auf die speciell eingeklagte Sache; der missus geräth nun aber nicht nur in juristischen, sondern sogar in Usukapionsbesitz derselben, denn juste possidet, qui autore praetore possidet; er ersitzt also die Sache in den gewöhnlichen Fristen, und die Folge ist, daß der säumige Beklagte nur 3, 10 oder 20 Jahre lang klagend gegen ihn vorgehen kann. — Nachdem so kurz die ganze Theorie der Glossatoren über die missio gegen den säumigen Beklagten besprochen ist[1], soll das Resultat für die Denomination noch abgesondert und kurz zusammengefaßt werden: es ist das, daß der Kläger, wenn der Denominat auf die Denomination hin nicht erscheint, in Usukapionsbesitz gesetzt wird; daß innerhalb der Verjährungsfrist nur der Denominat noch klageweise gegen ihn vorgehen kann, daß er aber nach Ablauf der Frist Eigenthum, allerdings bei der Präscription von Immobilien nach der allgemeinen Doctrin der Glosse nur dominium utile, erworben hat.

c. Leugnet der Beklagte den Besitz, so muß der Kläger nachweisen, daß der Beklagte innehat. Gelingt dem Kläger aber dieser Beweis, so verliert daran Beklagter zur Strafe sofort den Besitz an den Kläger. Dies schließt nicht aus, daß nun der frühere

---

[1] Fast ganz genau stimmt mit dem hier Entwickelten überein: Pillius, De ordine judiciario, in §. 18 de absentia rei, wo die Sache sehr ausführlich, aber vom rein processualischen Standpunkte aus dargestellt ist, s. Pillii, Tancredi, Gratiae libr. ed. Bergmann, S. 81—86. Nicht ganz so genau, aber doch im allgemeinen übereinstimmend gestaltet sich diese Lehre nach dem sogenannten Ulpianus de edendo, s. die Abschnitte de in jus vocando von der Mitte zu Ende, und de probationibus in der Mitte; ed. Haenel, S. 6, 7 und 29. Gleichfalls ähnlich, aber sehr kärglich ist, was in der Summa legum (e. Cod. Gottw. ed. Gross), Ordo judiciarius, tit. V, §. 9, S. 100 über diesen Gegenstand bemerkt ist. Ausführliches, im Verhältniß zur Kürze des Ganzen sogar auffallend Ausführliches bietet der von Kunstmann herausgegebene Ordo judiciarius, S. 20—22. Derselbe hat auch einige Besonderheiten; hervorzuheben ist die S. 21 erfolgende Erwähnung des Martinus wegen der Frage, ob dem schon contumacirten in rem Beklagten, wenn er einige Tage nachher vor Gericht erscheint, restitutio zu ertheilen sei; Martinus verweigert ihm diese absolut, während andere sie ihm für den Fall, daß noch nicht lis contestata sei, gestatten.

Beklagte klageweise gegen den frühern Kläger vorgehe, sondern ändert nur die Parteirollen, s. Gl. Per judicem ad leg. 80 D. h. t. 6, 1. Fein bemerkt noch die Glosse, daß nach allgemeinen Grundsätzen demjenigen, welcher einräumt, den Besitz zu haben, der gleichgestellt werden müsse, welcher dem Kläger den Eid darüber zuschiebt, ob er, Beklagter, sich im Besitze befinde; denn da der Besitzübergang eine Strafe für den den Proceß durch sein Leugnen aufhaltenden Beklagten sei, auf diese Weise aber ein eigentlicher Aufschub nicht entstehe, so dürfe auch die Strafe nicht eintreten.

d. Eine ähnliche Strafe durch Besitzentziehung findet statt, wenn Beklagter zuerst den Kläger zwingt, sein, des Klägers, Eigenthum zu beweisen, und sich dann auf ein, das Eigenthum des Klägers für seine Existenz voraussetzendes, dingliches Recht beruft, um die Sache behalten zu können. Der Kläger wird dann in Besitz gesetzt und dem Beklagten bleibt es überlassen, das behauptete Recht auf die Sache klageweise geltend zu machen. Dieser jedenfalls in Nov. 18, cap. X enthaltene Satz wird von der Glosse Conventus ad Nov. cit. (Coll. III, tit. 5) auf das allerweiteste ausgedehnt, sogar bis auf Besitzklagen; sehr klar und richtig, auch noch für das oben unter c. Bemerkte zu vergleichen, ist hingegen Gl. Et legum ad Nov. cit.

e. Bisweilen tritt an Stelle des wirklichen Innehabers derjenige, welcher die Sache gar nicht hat, zur Strafe für seinen dolus, als sogenannter fictus possessor.

α. Als solcher wird behandelt zunächst derjenige, qui liti se obtulit, während er nicht besaß, aber nur dann, wenn der Kläger nicht wußte, daß er nicht besaß; denn dolus volenti non infertur, s. Gl. Decipitur ad leg. 26 D. h. t.; und ferner nur dann, wenn Beklagter bei der falschen Erklärung, er habe inne, bis nach der Litiscontestation beharrt hat; besinnt er vor dieser sich eines bessern, so bleibt er unbestraft, es sei denn, daß er dadurch, daß er liti se obtulit, den Kläger abgehalten hat, gegen einen bestimmten Dritten, welchen Kläger schon im Auge hatte, zu klagen; s. Gl. Omnimodo ad leg. 27 pr. D. h. t. und die schöne Uebersicht in Gl. Absolvendus ad leg. 25 D. h. t.

β. Als possessor wird zweitens derjenige behandelt, welcher dolo malo vor der Litiscontestation[1] desiit possidere, s. Gl. Deduci ad leg. 27 §. 3 D. h. t., welche die Verschiedenheiten zwischen rei vindicatio und hereditatis petitio aufzählt.

In beiden Fällen wird durch die Verurtheilung des fictus possessor die Klage gegen den wirklichen Besitzer nicht ausgeschlossen, der Verurtheilte kann auch von dem Kläger nicht die Cession seiner Klage gegen jenen Besitzer verlangen, da er blos zur Strafe seines dolus verurtheilt ist; s. Gl. Damnatus est ad leg. 7 D. h. t. und Gl. Non debet ad leg. 69 D. h. t.; interessant ist auch Gl. Mos ei gerendus est ad leg. 71 D. h. t.; zu vergleichen Gl. In depositi ad leg. 12 D. de re judicata 42, 1, sowie Vet. Coll. §. 15 bei Hänel, Diss. dom., S. 12; s. auch oben §. 5 unter 8. Anders verhält es sich, wenn zuerst gegen den wirklichen Innehaber geklagt ist, denn dann wird der fictus possessor frei, s. Gl. Non liberabit ad leg. 13 §. 14 D. de petitione hereditatis 5, 3. Dort findet sich dann schließlich noch die Behauptung, nach Ausklagung des fictus possessor dürfe dann gegen den Innehaber nicht mehr geklagt werden, wenn dieser habet causam a doloso, propter quam regressurus sit ad eum: nam tunc iis defensionibus utetur[2] emptor, quibus venditor.

3) Object der Klage ist die Sache, an welcher Eigenthum behauptet wird.

a. Wird Eigenthum an einer universitas rerum distantium behauptet, so fragt es sich, ob diese mit Einer Vindication verfolgbar sein wird, oder ob die einzelnen Sachen einzeln vindicirt werden müssen. Hier hat die Glosse wieder Raum, ihre Gewandtheit in scholastischen Distinctionen zu zeigen. Vindicirbar sind universitates[3] facti, z. B. eine Heerde, nicht universitates

---

[1] Ueber die Frage, wie sich bei Besitzverlust nach der Litiscontestation die Sache verhält, wird im folgenden Paragraphen zu handeln sein.

[2] Meine Ausgabe 1548 liest utatur: ein offenbarer Druckfehler; die Ausgabe de Tortis hat richtig utetur.

[3] Hier begegnen wir demnach zum ersten male dem modernen Begriff der Sachgesammtheit, welcher von da ab häufig vorkommt, in neuerer Zeit

juris, z. B. ein peculium[1], weil nämlich letzteres ja noch Obligationen und dergleichen mehr enthalten kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob es solche im concreten Falle enthält, s. Gl. Singulas ad leg. 56 D. h. t. und Gl. Dicendum est ad leg. 1 §. 3 D. h. t. Wenn nun aber auch die grex als Ganzes vindicirt wird, so heißt „ganz" hier doch nicht „jeder beliebige Theil"; denn einzelne Stücke können andern gehören, s. Gl. Capita ad leg. 2 D. h. t.; und wenn schließlich eine Heerde aus einer gleichen Anzahl verschiedenen Eigenthümern zugehöriger Schafe zusammengesetzt ist, so gehört keinem die „Hälfte", da eine communio weder pro diviso noch pro indiviso vorliegt, wenigstens nach Johannes Bassianus, Azo und Accursius[2], während Hugolinus[3] hier anderer Ansicht war, s. Gl. Duorum und Gl. Quis vindicabit ad leg. 2 cit. sowie Gl. Sed et si majorem ad leg. 2 cit. — Soviel über die Vindicirbarkeit einer Heerde als solcher; es fragt sich noch, welche Folgerungen Accursius aus der Möglichkeit derselben gezogen haben mag. Zunächst einmal ist nicht zu leugnen, daß die Anschauung von der grex als einer res per universitatem stark genug war, um die Glossatoren zu der An-

aber für das Römische Recht wol wieder ganz geleugnet wird; s. z. B. Göppert, Ueber einheitliche, Gesammt- u. s. w. Sachen, Abschnitt 3, §. 4.

[1] Wegen der Bedeutung, welche diese Unterscheidung gewonnen hat, vgl. statt aller übrigen Vangerow, Pandekten, I, §. 71 Anm., besonders S. 107 oben; die dort allein erwähnte Gl. Non utetur ad leg. 1 §. 8 D. quando de peculio 15, 2 erhält aber doch juristische Greifbarkeit wol erst in Verbindung mit den im Texte erwähnten Stellen.

[2] Girtanner, Die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff (Jahrbücher für Dogm., III, 121, Anm. 54) meint, Accursius habe sich hier einer andern Ansicht zugeneigt, entgegen dem Johannes und dem Azo. Allerdings deutet Gl. Quis vindicabit ad leg. 2 cit. alleingenommen hierauf hin; wer aber weiß, wie Accursius jenen beiden Autoren zu folgen pflegt, der wird der Annahme beistimmen, daß bei der Unklarheit der Entscheidung eher die im Text gegebene Stellung diejenige der Glosse ist. — Zuzugeben ist hingegen, was Girtanner loc. cit., S. 117 im Text gegen Gl. Vindicare ad leg. 3 pr. h. t. vorbringt.

[3] So wol richtiger als Hugo, wie Girtanner loc. cit. S. 121, Anm. 55 die Sigle H auflöst; s. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, 157; dieser Ansicht hätte sich nach Girtanner Accursius angeschlossen.

nahme der Möglichkeit eines Besitzes an ihr als solcher zu verleiten; s. Gl. Singula res ad leg. 30 §. 2 D. de usuc. et usurp. 41, 3, und vgl. Girtanner, loc. cit., S. 232, Note 121, sowie Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 239, Anm. 217[1]; aber nach Gl. Capita ad leg. 2 D. h. t., besonders zu Ende, wird sich auch nicht in Abrede stellen lassen, daß man sogar ein besonderes Eigenthum an der Heerde statuirte, ohne daß sich dieses Eigenthum jedoch anders bemerkbar machte als in der Möglichkeit der Vindication, weshalb es denn auch erst hier zu erörtern war.

b. Vindicirt werden kann, nach Römischem Recht, auch vom Vater der Sohn, wenn auch nur adjecta causa. Darüber legt klar Rechenschaft ab Gl. Vindicare posse ad leg. 1 §. 2 D. h. t. in ihrer zweiten Hälfte; diese Vindication geht nämlich gegen denjenigen, welcher den Sohn gegen dessen Willen bei sich behält; in andern Fällen kommen die actio praejudicialis oder das officium praetoris, oder schließlich das interdictum de liberis ducendis zur Anwendung. Diese Vindicationsmöglichkeit wird auch, s. die Gl. cit. in ihrer ersten Hälfte und vgl. Azo, Summa Cod., in libr. 3, 32 §. 11, ausgedehnt auf den Abt, welcher seinen Mönch, den Prälaten, welcher seinen Cleriker, den Stadtvorsteher, welcher seinen Bürger vindicirt, so daß dieselbe eine große praktische Bedeutung gewinnt.

c. Wer nur einen Theil beansprucht, vindicirt natürlich auch blos diesen Theil, sei er ein solcher pro diviso, sei er eine Quote. Jedenfalls muß Kläger dann genau angeben, welchen Theil oder welche Quote er verlangt, da sonst seine Klage wegen Unbestimmtheit zurückzuweisen ist; überhaupt muß der Vindicant die eingeklagte Sache genau bezeichnen; s. die Glossen zu l. 6 D. h. t., und wegen des Theils speciell Gl. Munus ad leg. 73 pr.

---

[1] Die Schwierigkeiten, welche hier aus dem vielfach zwischen l. 2 und l. 3 D. h. t. angenommenen Gegensatze entstehen, löst die Glosse ganz genau so wie Exner in dem citirten Buche, auf welches es daher genügt zu verweisen; s. Gl. Capita ad leg. 2 cit. im Anfange und Gl. Continebuntur ad leg. 3 pr. cit.

D. h. t. Trotzdem wird eine vindicatio partis incertae gestattet, si justa causa interveniat, durch welche diese begründet erscheint; ein solcher Fall liegt vor, wenn von dem einzuklagenden Legat die Falcidische Quart abzuziehen, der Stand der Erbschaft aber noch nicht klar zu übersehen ist; doch auch minder complicirte Sachlagen gehören hierher, wenn nur die Bestimmung des Theiles zur Zeit unthunlich ist; s. Gl. De caeteris ad leg. 76 §. 1 D. h. t. Der Richter nimmt dann allerdings eine etwas modificirte Stellung ein, indem er jenachdem im Endurtheil den Theil genau zu bestimmen hat, oder auch die von dem Kläger gewählte Fassung, welche das klägerische Recht seinem Inhalte nach doch immer genau bezeichnen muß, beibehalten kann, s. Gl. Datur ad leg. 76 §. 1 D. cit. Besondere Schwierigkeiten macht Accursius hier l. 8 D. h. t.; nicht sowol in der Hauptsache, indem, wie die deutlichen ihren Verlauf begleitenden Glossen bezeugen, er sich über diese ganz klar ist, sondern (s. Gl. Possidere potest ad leg. cit. und besonders deren Ende) in der Schlußbemerkung wegen der res mobiles und der hereditatis petitio, verglichen mit l. 1 §. 3 D. si pars hereditatis petatur 5, 4, wobei noch zu berücksichtigen, daß die Vulgata das vorletzte Wort des Gesetzestextes „verior" statt „utilior" liest.

4) Soweit die rei vindicatio eine rein dingliche Natur hat, geht sie nur auf Herausgabe der vorhandenen Sachen, deren Eigenthum seitens des Klägers bewiesen wurde, seien nun die vorhandenen Sachen Eigenthum oder Frucht, wobei freilich letztere nur so weit in Betracht kommt, als sie nicht nach dem Recht der bonae fidei possessio in das Eigenthum des Besitzers gefallen ist. Die Früchte werden aber nicht etwa mit derselben Vindicationsklage in Anspruch genommen wie die Hauptsache, wie es etwa der durchgeführten Accessionstheorie entsprechen würde, sondern mit einer ganz besondern rei vindicatio. Diese kann allerdings zugleich mit der auf die Hauptsache gerichteten Klage angestellt werden und fällt dann processualisch mit ihr zusammen; sie kann aber auch nachher, nachdem über die Hauptsache erkannt ist, oder allein, wenn etwa die Hauptsache gar nicht mehr vorhanden ist, zur Verhandlung kommen. Einzelne Glossen heben

dies besonders gegen den malae fidei possessor schärfer hervor, im Anschlusse an l. 3 C. de condictione ex lege 4, 9; andere aber besagen es allgemein und zwar offenbar mit Rücksicht auch auf die gegen den bonae fidei possessor gerichtete Klage: S. Gl. Omnes ad leg. 20 §. 3 D. de pet. her. 5, 3; Gl. Cum fructibus ad §. 2 J. de off. jud. 4, 17; Gl. Non habendam ad leg. 35 pr. D. h. t.; Gl. Fructus ad leg. 22 C. h. t. 3, 32; und Gl. Vindicatione ad leg. 3 C. tit. cit. 4, 9; vgl. auch Placentini Summa Cod. in libr. 7, 51 (54), ed. Schoeffer, S. 351, Z. 21 und 17 v. u.

5) Der praktische Erfolg der Vindication kann sich verschieden gestalten. Zunächst ergeht nämlich bei ihr wie bei allen actiones arbitrariae[1], ein Urtheil gegen den Beklagten auf Herausgabe der Sache an den Kläger. Dieses Urtheil ist nach der Auffassung der Glosse nicht etwa ein Interlocut, sondern förmlich Definitivsentenz, und daher auch einer Execution fähig, s. Gl. Restituitur ad leg. 68 D. cit.; Cod. Chis. §. 78 bei Hänel, Diss. dom., S. 177, und Azonis Lectura in Cod. ad leg. 21 C. 3, 32.

a. Gibt nämlich der Beklagte auf dasselbe die Sache nicht heraus, so kann sie ihm nun ohne weiteres manu militari abgeholt werden, s. Gl. Transfertur ad leg. 68 D. cit. Der Ort, wo die Ueberlieferung geschehen muß, ist entweder der, wo die Sache sich zur Zeit der Litiscontestation befand, oder der des Gerichtes; wird an letzterm geliefert, so trägt der Kläger die Gefahr des Transportes dahin, sofern Beklagter sie nicht vorher dolo malo von dort entfernt hatte. Fraglich ist jedoch, wer die Wahl hat, wo geliefert werden soll; Azo gibt diese dem Beklagten, Hugolinus dem Kläger, und beide bringen diese Frage in Verbindung mit den vom Kläger nicht zu leistenden cibaria des vindicirten Sklaven. Irnerius sowol wie die Glosse scheinen sich der Ansicht des Azo zu nähern; s. Gl. Cibaria ad leg. 10 D.

---

[1] Nach Johannes Bassianus ergeht ein solches Urtheil auch bei manchen andern Klagen; s. Gl. Condemnandus est ad leg. 68 D. h. t. Vgl. Wetzell, Der römische Vindicationsproceß, 110, Anm. 1.

h. t. und Gl. Plane pascere ad leg. 11 §. 1 D. ad exhibendum 10, 4.

b. Statt zur Realexecution manu militari gegen den nicht herausgebenden Beklagten zu schreiten, kann nun aber der Kläger ein zweites Urtheil erwirken, welches auf sein Interesse lautet; dieses sein Interesse bestimmt Kläger dann durch juramentum in litem: eine Art und Weise der Execution, welche übrigens gegen den fictus possessor allein möglich ist, und daher bei diesem auch stets sofort Anwendung findet; s. die oben §. 5 unter 8) und hier unter 2) e. citirten Glossen. Hierbei ist daran festzuhalten, daß das Recht des Klägers, selbst sein Interesse durch jusjurandum in litem zu bestimmen, ihm blos zur Strafe des dolus des Beklagten gegeben ist, welcher sich trotz des ersten Urtheils weigert, die Sache herauszugeben, oder sich dolos zu dieser Herausgabe außer Stand gesetzt hat; es genügt nicht culpa des Beklagten, selbst wenn diese lata ist, s. Gl. Non etiam ob culpam ad leg. 5 §. 3 D. de in litem jurando 12, 3, wo dies aufs schärfste durchgeführt wird. — Hat nun aber eine solche Leistung des Interesses stattgefunden, so geht eben durch diese das Eigenthum des siegreichen Klägers auf den besiegten Beklagten über, falls dieser nicht fictus possessor war, und zwar durch constitutum possessorium; daher ist denn auch das Nähere hierüber bereits bei der Erörterung über dieses in §. 5 unter 8) oben gegeben. Es fragt sich hier nur noch, ob der siegreiche Kläger, welcher wegen der Sache mit dem Beklagten durch Annahme des Interesses an ihrer Statt sozusagen transigirt hat, diesem nun für Eviction haftet: da es auch häufig in den Quellen heißt, es solle so betrachtet werden, als habe der Besiegte die Sache vom Sieger gekauft. Nun sagt freilich l. 35 §. 2 D. h. t. deutlich, der Kläger brauche hier nicht für Eviction zu caviren; aber hierbei beruhigt sich die Glosse nicht, denn licet non teneatur cavere, tamen tenetur, wenigstens möglicherweise, de evictione; s. Gl. Non cogitur ad leg. 35 §. 2 D. cit.; Gl. Quia pro eo ad leg. 29 D. fam. erciscundae 10, 2; Gl. Non debebit ad leg. 14 §. 1 D. de condictione furtiva 13, 1; Gl. Pro evictione ad leg. 10 D. rerum amotarum 25, 2;

Gl. Tenuit ad leg. 15 D. quibus ex causis in possessionem eatur 42, 4; und Gl. Potes ad leg. 34 C. de transactionibus 2, 4. Das Resultat aller dieser Glossen ist, daß nach vielen Zweifeln, nach Herbeiziehen verschiedener Analogien u. s. w. schließlich eine Ersatzpflicht wegen Eviction für den siegreichen Vindicanten nicht anerkannt wird, wobei Gl. Non debebit cit. den Grund wol am schärfsten bezeichnet, wenn sie bemerkt: quia sibi imputet (der Beklagte), quod ipsam (rem) non restituit. Einen Specialfall bildet l. 36 pr. D. de donationibus inter vir. et ux. 24, 1; derselbe findet in den citirten Glossen und in Gl. Evictione ad leg. 36 pr. D. cit. seine genügende Erklärung durch die Betrachtung quia habet possidens causam a conveniente.

So weit reicht die rein dingliche Wirkung der rei vindicatio, wobei wir freilich mit Erwähnung des juramentum in litem schon Beziehungen obligatorischer Natur berührt haben, insofern dies hauptsächlich als poena contumaciae erscheint, und besonders soweit es den fictus possessor betrifft. Nunmehr gehen wir dazu über, die eigentlich obligatorischen Verpflichtungen zunächst des Beklagten zu betrachten, wie sie für ihn sowol durch Untergang wie durch Deterioration oder Verringerung sowol der Hauptsache wie der Früchte entstehen können.

## §. 28.

### 2. Ersatzleistungen des Beklagten.[1]

Die Vindication ist in der „rei vindicatio" genannten Klage allerdings das Grundmotiv, aber dem eigentlich durch die-

[1] Bezüglich der Lehre von fructus und Impensen kommt in Betracht das Compendium juris, von Fitting in seinen „Juristischen Schriften des frühern Mittelalters" herausgegeben, S. 134 fg., §. 73—80, S. 141 und 142. Inwieweit die dort gelieferten Ausführungen mit der Lehre der Glossatoren übereinstimmen und wieweit nicht, hat Fitting in demselben Werk S. 53 klar hervorgehoben: wobei jedenfalls das Interessanteste ist, daß die Benutzung des Unterschiedes von titulirtem und nicht titulirtem Besitze auf

selbe verfolgten Zwecke des restituere gemäß können mit dieser Klage noch eine Reihe von Präſtationen gefordert werden, welche über einen dinglichen Anspruch hinausgehen und vielmehr dazu dienen, den Eigenthümer dadurch, daß er den ihm aus der zeitweiligen Entziehung seiner Sache entstandenen Schaden in Anspruch nimmt, vollständig schadlos zu halten; s. Gl. Curabit ad leg. 5 C. de servitutibus et agro 3, 34 und Gl. Continentur ad leg. 23 D. de V. S. 50, 16; mit andern Worten, die rei vindicatio wird von der Glosse auch als Klage auf Schadensersatz behandelt. Einen Schadensersatz aber kann der Eigenthümer verlangen wegen des Untergangs der Sache, wegen ihrer Verschlechterung oder wegen der entzogenen Nutznießung.

1) Da die rei vindicatio nur gegen den Innehaber geht — mit Ausnahme des als Innehaber geltenden fictus possessor — so kann von einem mit ihr zu erreichenden Ersatz wegen Untergangs der Sache nur bei nach der Litiscontestation eingetretenem Untergange die Rede sein — mit Ausnahme der ficta possessio. — In neuerer Zeit ist allerdings versucht worden, den malae fidei possessor auch wegen culposen Untergangs der Sache zur Zeit vor der Litiscontestation der Vindication zu unterwerfen, doch ist dies keineswegs die Auffassung der Glosse. So wird in l. 45 D. h. t. die culpa nicht auf den Fall des interitus, sondern nur auf denjenigen der deterioratio bezogen, s. Gl. De culpa ad leg. cit. mit der ansprechenden Erklärung: id est, quod in animo corrupit eum instruendo in malitia; und auch l. 25 §. 2 D. de petitione hereditatis 5, 3, sowie l. 31 §. 3 D. eod. tit. finden auf diese Weise ihre Erledigung, s. Gl. Sed et culpa ad leg. 25 §. 2 cit. und Gl. Nulli querelae ad leg. 31 §. 3 cit., sowie wegen des überhaupt bei interitus zwischen der Hauptsache und den fructus obwaltenden Unterschiedes Gl. Deberes ad leg. 5 D. de rebus creditis 12, 1. Diesen entscheidenden Glossen gegenüber kann kein Zweifel darüber

diesem Felde seitens der Glossatoren, wie sie der Text vorführen wird, nun nicht mehr als Erfindung der Bononienses, sondern als auf alter Tradition beruhend, und daher weit beachtenswerther erscheint.

herrschen, daß einzelne Glossen und Stellen bei Glossatoren, welche indistincte davon reden, daß der in der rei vindicatio Beklagte dem Kläger Ersatz für den durch seine, des Beklagten, culpa eingetretenen Untergang der Sache schulde, sich blos auf die Zeit nach der Litiscontestation beziehen. Bei den meisten derselben geht dies aus dem Zusammenhange hervor, und da sie schließlich, wie eine Vergleichung des Wortlautes ergibt, alle aus denselben Quellen herrühren, so gilt das, was man aus dem Zusammenhange, in welchem die eine Stelle auftritt, schließen kann, zugleich für die andern. Solche Stellen sind Gl. Procedere ad leg. 21 C. h. t.; Gl. Condemnandus est ad leg. 68 D. h. t.; sehr klar erscheint die Beziehung auf die Zeit nach der Contestation schon wegen des Gesetzestextes, zu welchem sie gehört, bei Gl. Contendens ad leg. 68 cit.; ebenso offenbar Cod. Chis. §. 78 bei Hänel, Diss. dom., S. 177 und Azo, Lectura in Cod., ad leg. 21 cit. Das zu Anfang gegebene Princip bleibt also trotz dieser Stellen bestehen. Demnach kann nur noch von Ersatz für nach der Litiscontestation eingetretenen Untergang die Rede sein, so daß die Begründung des Ersatzanspruchs durch die litis contestatio und die durch sie sich vollziehende Streitbefestigung stets zur Hand ist. Im übrigen ist nun zu unterscheiden:

a. Der bonae fidei possessor wird durch die Contestation keineswegs unbedingt zum malae fidei possessor; als ein solcher wird er allerdings bezüglich der Früchte nach der Contestation angesehen; dies ist aber eine rein positiv-rechtliche Bestimmung, welche daher auch nur für die Früchte, nicht für den Untergang der Sache anwendbar ist; s. Gl. Moram ad leg. 15 §. 3 D. h. t. Vielmehr wird stets für den einzelnen Fall zuzusehen sein, ob dem Beklagten wirklich durch die Vorgänge vor der Litiscontestation klar geworden ist, oder klar geworden sein muß, daß die Sache dem Kläger gehört; mit andern Worten, es wird nach den Grundsätzen zu urtheilen sein, welche bei obligatorischen Klagen über den Eintritt der mora entscheiden; s. Gl. Factum und Gl. Detrimentum ad leg. 5 D. de reb. cred. 12, 1, sowie Gl. Difficilis est i. f. ad leg. 32 pr. D. de usuris 22, 1 (Sitz

der Lehre von der mora). Aber auch dann, wenn dem Beklagten die Ueberzeugung innewohnt, die Sache gehöre dem Kläger, braucht er, sofern er früher in bona fide war, dieselbe nicht nothwendig unter dem Präjudiz, als morosus behandelt zu werden, herauszugeben; es kann ja sein, daß er Einreden u. s. w. im Processe geltend zu machen hat, etwa wegen solcher Impensen, für welche er nur eine Einrede —, kein Klagerecht hat, s. Gl. Interitura esset ad leg. 14 §. 1 D. depositi 16, 3, oder auch wegen irgendwelchen andern berechtigten Interesses: kurz, als morosus gilt er auch dann nicht, quando justam causam litigandi habet, womit noch zu vergleichen Pillius, Quaestio CIV in der Solutio. Hieraus ergeben sich nun folgende Grundsätze:

Für dolus und culpa haftet der bonae fidei possessor von dem Moment der Litiscontestation an, ohne Rücksicht auf seinen Glauben und seine Redlichkeit, s. außer den schon citirten die Gl. Damnari ad leg. 21 D. h. t. Als culpa wird es ihm z. B. nicht angerechnet, wenn er ein Schiff, welches vindicirt wird, zur gewöhnlichen Zeit der Schiffahrt in See stechen läßt und es dabei zu Grunde geht; wohl hingegen, wenn er es zu ungewöhnlicher Zeit abschickt. Echt scholastisch ist aber, daß nun auch nach l. 3 C. de naufragiis 11, 5 (6) ein für allemal eine Regel darüber aufgestellt werden soll, wann die Jahreszeit zur Schiffahrt geeignet ist, wann nicht, s. Gl. Navigatum ad leg. 36 §. 1 D. h. t., wobei sich sogar noch Placentinus und Rogerius über die nähern Modalitäten widersprochen zu haben scheinen, s. Gl. Navicularius ad leg. 3 C. cit.; dieses Bestreben, auf rein Thatsächliches logisch aus dem Buchstaben des Gesetzes heraus schließen zu wollen, gehört, wie früher schon bemerkt, zu den bezeichnendsten Merkmalen der blos auf logisch-formales Denken hin geschulten, der Betrachtung der äußern Dinge ganz abgewandten mittelalterlichen Wissenschaft.

Für casus steht hingegen der bonae fidei possessor, solange er nicht morosus geworden ist, nicht ein; geräth er aber in mora, so ist er Schadensersatz für die casuell untergegangene Sache schuldig, freilich nur, wenn sie beim Eigenthümer nicht untergegangen sein würde, sei es, daß dieser sie besser verwahrt,

sei es, daß er sie vorher verkauft haben würde; s. Gl. Moram ad leg. 15 §. 3 D. h. t. cit. und Gl. Difficilis est i. f. ad leg. 32 pr. D. de usuris 22, 1.

b. Der malae fidei possessor[1] haftet vor der Litiscontestation nur wegen dolus, wie schon erwähnt; nach derselben aber stets für dolus, culpa und casus im weitesten Umfange; ganz besonders strenge behandelt wird dann noch derjenige unredliche Besitzer, welcher fur, praedo oder meticulosus[2] ist. Daß nämlich letztere (mit Ausnahme des meticulosus, über welchen wieder Streit herrscht? — s. später Anm. zu β), für jeden casus, auch solchen, welcher die Sache selbst dann betroffen haben würde, wenn sie im Besitze des Eigenthümers gewesen wäre, haften, darüber sind alle Glossatoren einig. Irnerius, Martinus, Jacobus, Albericus und Placentinus — s. wegen des letztern Anm. 1 zu Ende von β unter dieser Nummer — waren aber der Ansicht, bei den übrigen malae fidei possessores müsse wieder unterschieden werden, ob die Sache beim Eigenthümer zu Grunde gegangen sein würde oder nicht; der entgegengesetzten Meinung sind Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo und Accursius. Man sehe: Gl. Mora ad leg. 15 §. 3 D. cit.; Gl. Si praedo ad leg. 36 §. 3 D. de her. pet. 5, 3; Gl. Relinquere ad leg. 40 pr. D. eod. tit. 5, 3; Gl. Detrimentum ad leg. 5 D. de rebus cre-

---

[1] Wegen dieser Materie vgl. noch das sogenannte dritte Buch des Placentinus, De varietate actionum, Titel 9 (S. 79) und Titel 15 (S. 85), beide im Anfang. — Das sogenannte dritte Buch des Placentinus stammt nicht von ihm; Titel 1—8 haben Bulgarus zum Autor; der Verfasser der folgenden Titel ist unbekannt; er muß aber nach Stil, Auffassung und Darstellung der besten Glossatorenzeit angehört haben. Vgl. von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, 114—117, und S. 266; ferner die Vorrede von Wunderlich zu seiner Ausgabe der Summa des Bulgarus de judiciis, d. i. Titel 1—8 dieses Buches, in Anecdota, quae proc. civ. spectant ed. Wunderlich, S. 9. Auch in Bezug auf die Früchte gibt dieses „dritte Buch" in Titel 15 (S. 87) eine der sonstigen Glossatoren-Literatur in dieser Frage durchaus gleichartige Darstellung.

[2] Als meticulosus bezeichnet die Glosse mit constantem Sprachgebrauch denjenigen, welcher sich einer Sache bemächtigt hat, nachdem er einen andern metu illato oder vi compulsiva, nicht expulsiva, aus ihr vertrieben hat.

ditis 12, 1; Gl. Periculo ad leg. 12 §. 3 D. depositi 16, 3; Gl. Rem judicatam und Gl. Interitura esset ad leg. 14 §. 1 D. eod. tit. 16, 3; Gl. Vendere ad leg. 47 §. 6 D. de legatis I°, (30); Gl. Teneatur ad leg. 108 §. 11 D. tit. cit. (30); Gl. Frustrator ad leg. 19 D. de vi et vi armata 43, 16; Gl. Homo ad leg. 82 §. 1 D. de V. O. 45, 1; Gl. Interciderint ad leg. 1 C. de his, quae vi metusve causa 2, 20 (19), womit zu vergleichen Nov. 88 cap. I (Coll. VI, tit. 14); vgl. Azo, Lectura in Cod., ad leg. 1 C. cit. 2, 20, und Hugolini §. 385 bei Hänel, Diss. dom., S. 516. — Diese Streitfrage ist eine außerordentlich ausgedehnte deshalb, weil bei ihr über die Folgen des interitus der Sache bei jeder mora gehandelt wird, also über die Folgen des Unterganges der vindicirten sowol wie der obligatorisch eingeklagten Sache. Nach der Ansicht der Glosse nun haften nicht nur Dieb und Räuber, sondern, wie schon erwähnt, auch alle andern malae fidei possessores für den casuell eingetretenen Untergang selbst dann, wenn die Sache auch beim Eigenthümer untergegangen sein würde. Wegen der verschiedenen Stellen, welche mit dieser härtern Auffassung nicht übereinstimmen, ist nun noch näher Folgendes zu bemerken:

α. L. 36 §. 3 D. 5, 3 wußte Bulgarus noch nicht anders zu erklären, als durch die Annahme eines speciale für die hereditatis petitio. Glosse Si praedo ad leg. cit. aber zeigt zunächst einmal, daß, wenn man nach dieser Stelle die von den Gegnern verfochtene Unterscheidung annimmt, man über das Ziel hinausschießt, indem dann aus ihr folgen würde, daß auch der praedo nur mit jener Modification für den interitus haftet, was doch von keiner Seite zugegeben wird. Vielmehr sei das Fundament, von welchem l. 36 §. 3 cit. ausgehe, gerade im Gegentheil das, daß der Beklagte für allen casus hafte, wenn er in mala fide sei; nun beziehe sich diese Haftung für casus aber nach Untergang der Sache im allgemeinen blos auf ihren wahren Werth; habe der malae fidei possessor die Sache demnach vorher theuer verkauft, so würde er den Unterschied zwischen vera rei aestimatio und Kaufpreis lucriren, während der bonae fidei possessor, welcher nur auf die ihm aus dem Kaufpreis

gewordene Bereicherung, nicht auf die Sache belangt werden kann, den ganzen Kaufpreis herausgeben müßte, also schlechter stände. Dies sei die Consequenz, an welcher Paulus sich hier stoße, und so stimme denn der Schluß von dem Worte itaque ab genau auf diesen Fall.

β. L. 1 C. de his., quae 2, 20; vgl. Gl. Quatenus ad leg. 14 §. 10 und Gl. Quia tripli ad leg. 14 §. 11 D. de eo, quod metus causa 4, 2. Der meticulosus soll im allgemeinen zwar behandelt werden wie ein praedo, doch treten infolge der l. 14 §. 10, 11 cit. eigenthümliche Modificationen ein. Die actio quod metus causa ist bekanntlich eine actio arbitraria; der arbitratus judicis, welcher den Beklagten auffordert, die Sache zurückzugeben, und dessen Nichtbefolgung erst die poena quadrupli zur Folge hat, heißt bei den Glossatoren prima sententia[1], das darauf folgende Definitivurtheil sententia secunda. Geht die Sache vor jenem ersten Urtheil unter, so fällt die poena quadrupli stets weg, dagegen haftet der Beklagte für jede mögliche Art und Weise des Unterganges. Kommt es hingegen zum zweiten Urtheil, so hat der Beklagte nach l. 2 C. de usuris rei judicatae 7, 54 eine Frist von vier Monaten, um den vierfachen Werth der Sache — das Dreifache als Strafe — dem Kläger zu leisten. Innerhalb dieser Zeit ist er eigentlich nicht so ganz in mora, denn sie ist eine ihm vom Gesetze gewährte; demnach haftet er während dieser vier Monate für den Untergang nur dann, wenn dieser auch beim Eigenthümer erfolgt sein würde; es kommt hinzu, daß diese Milde schon deshalb angezeigt erscheint, weil er ja ohnehin schon mit der Leistung des Dreifachen schwer genug bestraft ist. Läßt er nun aber diese vier Monate auch wieder verstreichen, ohne zu leisten, so geräth er frisch in mora und verdient gar keine Schonung mehr; d. h. nun haftet er wieder für Untergang der Sache in allen Fällen. — So die überaus künstliche Construction des Azo und der Glosse, welche

---

[1] Wie bei der rei vindicatio der arbitratus judicis gleichfalls zu einer förmlichen Sentenz auf Herausgabe umgestaltet ist, s. §. 27 sub 5, und z. B. noch Placentinus, De varietate actionum, 1, 4, S. 20.

bestrebt ist, alle Schwierigkeiten zu umgehen; wegen der Zahlungsfrist des Beklagten s. auch Gl. Intra tempora ad leg. 14 §. 11 D. cit. und die Glossen ad leg. 31 D. de re judicata 42, 1.[1]

γ. Die größte Schwierigkeit bereitet aber der von der Glosse vertretenen Theorie l. 14 §. 1 D. deposit 16, 3.[2] Bulgarus hatte von vornherein zugegeben, daß hier eine Ausnahme vorliege, welche ihren Grund darin finde, quia (depositarius) ab initio voluntate domini possidebat; Accursius ist nicht geneigt, auch nur dies einzuräumen. Am bequemsten ist dann die Erklärung, welche hinter utique ein maxime einschiebt, aber wol auch am verwerflichsten; durch die Annahme, der betreffende in mora allerdings befindliche depositarius habe justam causam litigandi, geräth die Glosse hingegen wieder mit ihrem eigenen System in Widerspruch, denn dann würde er für gar keinen casus haften. Obgleich demnach keine der verschiedenen Lösungen befriedigend erscheint, was auch schon daraus hervorgeht, daß Accursius sie alle durcheinander anführt, so daß nicht zu entscheiden ist, ob ihm die eine oder die andere mehr gefällt: so läßt die Glosse sich doch weder in ihrer allgemeinen Auffassung, noch in derjenigen bezüglich des depositum speciell durch l. 14 §. 1

---

[1] Ganz anders wird die Stellung des meticulosus erklärt von Placentinus, Summa Cod. in libr. 2, 20, ed. Schoeffer, S. 66, Z. 10 v. u.; dieser läßt nämlich allerdings fur und praedo für jeden interitus, denjenigen, welcher Furcht erregt hat, aber nicht haften, nisi eam (sc. rem) dominus fuerat distracturus nec apud eum sic res fuerat peritura. Hieraus erhellt denn zugleich, daß Placentinus sich, wie anfangs unter b. behauptet, in dieser Frage wird dem Martinus angeschlossen haben; denn, wenn er beim meticulosus diesen Unterschied machte, so mußte er ihn sicher auch für den gewöhnlichen malae fidei possessor aufstellen. Hiermit stimmen denn genau überein die Bemerkungen bei Placentinus, De varietate actionum, I, 4, S. 15, wegen einer bei der Lehre von den fructus percipiendi vorkommenden Distinction, welche später zu erwähnen sein werden.

[2] Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede ejus et sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequm esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

cit. stören. Ein Gegengewicht findet sie übrigens in l. 12 §. 3 D. depositi 16, 3, wo sie folgendermaßen argumentirt: Nach Nov. 88 cap. 1 haftet für jeden Untergang selbst der Dritte, welcher die Rückgabe des Depositums seitens des Depositars an den Deponenten verhindert; um wie viel mehr muß der Depositar haften, welcher nicht zurückgibt, da dieser noch „perfider“ handelt!

Nicht ohne Absicht hat sich die Darstellung etwas nach der Seite des reinen Obligationenrechts hinreißen lassen; es sollte dabei gezeigt werden, wie die Glosse diese Frage im Zusammenhange behandelt und mit scharfer Consequenz beantwortet; doch wird zugleich wol der Beweis dafür, daß die Glosse bezüglich des Untergangs bei der rei vindicatio so denkt, wie anfangs behauptet, als hiermit erbracht betrachtet werden können. Fraglich ist nur noch, wie denn die Glosse den Grund für diese rigorös weit ausgedehnte Haftbarkeit construirt. Sie findet ihn darin, daß der Eigenthümer wenigstens möglicherweise stets hätte verkaufen können, was freilich nicht immer zutreffend, s. z. B. sehr künstlich construirte Fälle der Verkaufsunmöglichkeit bei Donellus, Comm. de jure civ., libr. XVI, cap. II, §. 15 (X, 121); besonders von den Worten Finge fundum an. Ob jedoch Accursius selbst in einem derartigen Falle geneigt gewesen sein würde, Rücksicht auf den bei dem Eigenthümer unvermeidlich eintretenden Untergang zu nehmen, ist nach dem Eifer und der Consequenz, mit welcher er seine Theorie durchführt, stark zu bezweifeln.

So viel über die Grenzen, innerhalb welcher die Glosse dem Eigenthümer wegen der Unmöglichkeit, die Sache wieder zu erhalten, Entschädigungsansprüche gegen den frühern Innehaber mittels der rei vindicatio gewährt. Eine sehr hübsche Erörterung darüber, wie die Vindication praktisch zum Ziele führt, geben die wesentlich gleichlautenden Glossen Procedere ad leg. 21 C. h. t. und Condemnandus est ad leg. 68 D. h. t., sowie Cod. Chis. §. 78 bei Hänel, Diss. dom., S. 177, und Azonis Lect. in Cod. ad leg. 21 cit. Dieselben lassen sich mit den frühern Resultaten zu folgender Uebersicht verbinden: Gegen den Besitzer, welcher nicht herausgeben will, hat der siegreiche Kläger

die executio manu militari, das jusiurandum in litem und, nach dem Grundsatze, daß, wer das plus kann, auch das minus, können muß, Anspruch auf sein Interesse oder viertens auf den reinen Sachwerth. Gegenüber demjenigen qui dolo desiit possidere — sei es vor, sei es nach der Litiscontestation — hat er die drei letzten der angegebenen Mittel. Gegen den, qui post litem contestatam culpa desiit possidere — sei er malae[1] oder bonae fidei possessor — hat er die zwei letztern, da das juramentum in litem stets nur wegen dolus des Beklagten stattfinden kann. Gegen denjenigen schließlich, der casu desiit possidere, hat die Vindication blos den Erfolg der Verurtheilung in den Sachwerth, wenn sie nach den oben weitläufig angestellten Unterscheidungen überhaupt möglich ist.

2) Wegen Deterioration der Sache werden von Accursius gegen den Beklagten ganz die im Bisherigen für den interitus hergeleiteten Grundsätze zur Anwendung gebracht; s. Gl. Habebitur ad leg. 13 D. h. t. und Gl. Damnari ad leg. 21 D. eod. Details finden sich wenig; doch wird man nach der allgemeinen Auffassung wol schließen können, daß auch die Ersatzpflicht für casuelle Deteriorationen nicht wie diejenige für die fructus, sondern wie die für den interitus behandelt worden wäre, wenn die Quellen der Glosse einen Anlaß, sich hierüber auszusprechen, geboten hätten. Besonders zu bemerken ist, daß wegen Deterioration der malae fidei possessor auch schon vor der Litiscontestation haftet, selbst wenn jene blos infolge seiner culpa eingetreten ist, s. die citirten Glossen und Gl. Sed et culpa ad leg. 25 §. 2 D. 5, 3, sowie Gl. Post conventionem ad leg. 45 D. h. t.

3) Endlich hat der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch auf Ersatz wegen der Früchte der Zwischenzeit. Als fructus, Fruchterträgniß kommt stets nur in Betracht das Nettoergebniß nach Abzug aller Kosten, wie im folgenden Paragraphen näher auszuführen sein wird, s. Gl. Quod in fructibus ad leg. 46

[1] Eine andere Frage ist, ob der Eigenthümer nicht einen selbständig geltend zu machenden Anspruch auf Entschädigung gegen denjenigen malae fidei possessor hat, qui ante litem contestatam culpa desiit possidere.

D. de usuris 22, 1 und Gl. Hoc fructuum ad leg. 1 C. de fructibus et impensis 7, 51. Es gehören hierher alle Producte der Sache, welche sich wiedererzeugen; wenigstens wird die silva nur dann als caedua, d. h. ihr Ertrag als in fructu befindlich angesehen, wenn sie aus Bäumen besteht, quae succisae renascuntur; s. Gl. Caeduae ad leg. 7 §. 12 D. soluto matrimonio 24, 3 in Verbindung mit l. 30 pr. D. de V. S. 50, 16. Die Früchte sind nach Azo Theile der Sache, solange sie pendentes oder stantes sind, s. Azo, Lect. in Cod. ad leg. 22 C. h. t. §. 5; mit Accessionen der Sache werden sie nach ihrer Trennung bisweilen wenigstens verglichen, s. oben §. 22 sub 1, übrigens, ohne daß auf der Accessionsqualität insistirt würde, s. oben §. 27 sub 4; einmal werden jedoch die fructus civiles, welche sonst im ganzen eine sehr untergeordnete Rolle spielen, geradezu im Gegensatze zu andern Früchten accessio civilis genannt, s. Gl. Foeneretur ad leg. 62 pr. D. h. t., welche weiterhin auch ihrer kanonistischen Färbung halber interessant ist. In Connex mit der Frage nach der rechtlichen Natur der Früchte steht die weitere, ob auch auf fructus fructuum Rücksicht genommen wird. Die Antwort der Glosse ist eine verneinende, wobei sie Bulgarus folgt, während Martinus den allerdings bei der petitio hereditatis unleugbar begründeten Ersatzanspruch für die Früchte der Früchte auch auf die rei vindicatio ausdehnen wollte. Der Unterschied zwischen beiden Klagen hängt damit zusammen, daß bei der petitio hereditatis die Früchte die eingeklagte Sache vermehren, was bei der rei vindicatio, welche ja eine besonders auf die Früchte neben der Hauptsache gerichtete Klage gestattet, nicht der Fall ist.[1] — S. Gl. Omnes ad leg. 20 §. 3 D. de her. pet. 5, 3; Gl. Eorum ad leg. 40 §. 1 D. eod.; Gl. Usuras ad leg. 1 §. 1 C. eod. tit. 3, 31; Gl. Fructuum und Gl. Per-

[1] Uebrigens war auch höchst streitig, in welchem Grade bei der Erbschaftsklage die Früchte der Früchte berücksichtigt werden sollten; dieser Streitpunkt kann hier natürlich nicht näher beleuchtet werden und genüge es zu bemerken, daß die Glosse sich hier, wie so häufig, Azo angeschlossen hat; s. die im Text citirten Glossen.

cepti ad leg. 51 §. 1 D. eod. tit.; vgl. Vet. Coll. §. 20 bei Hänel, Diss. dom., S. 15; Hugolini §. 388 bei Hänel, Diss. dom., S. 518; Azo, Lect. in Cod., ad leg. 1 C. tit. cit. 3, 31; und Placentini Summa Cod., in libr. 3, 31 ed. Schoeffer, S. 113, Z. 13 und 14 v. o., wo eine sehr ansprechende Nebeneinanderstellung der rei vindicatio und der hereditatis petitio unter Hervorhebung der bedeutsamern Unterschiede gegeben wird.

Nach dem wir so den Begriff der fructus etwas näher bestimmt, gehen wir zu den für Restitution derselben bei der rei vindicatio geltenden Grundsätzen über. Dieselben werden entwickelt, meist recht klar und präcis, in Gl. Non habendam ad leg. 35 pr. D. h. t.[1]; Gl. Cum fructibus ad §. 2 J. de off. judicis 4, 17; Gl. Potuerit ad leg. 62 §. 1 D. h. t.; Gl. Potuerit ad leg. 62 §. 1 D. h. t.; Gl. Potuerunt ad leg. 33 D. h. t.; und Gl. Percepisse ad leg. 17 C. h. t. 3, 32.

a. Der malae fidei possessor haftet vom Beginne seines Besitzes an bis zu Ende desselben für fructus percepti; sind sie consumirt, so wird er zur Erstattung des Werthes durch condictio gezwungen; sind sie vorhanden, so geht gegen ihn wegen derselben eine besondere Vindication. Wegen fructus percipiendi aber haftet er, wenn er einen titulus für seinen Besitz hat, erst vom Moment der Litiscontestation ab, mit Ausnahme folgender vier Fälle:

*α*. Wer einen andern metu illato bewogen hat, ihm seinen Besitz einzuräumen, etwa ihm die Sache zu verkaufen, haftet, da er nur scheinbar titulo emptionis besitzt, von Beginn seines Besitzes ab für fructus percipiendi, s. Gl. Potui ad leg. 12 pr. D. quod metus causa 4, 2.

*β*. Wer in fraudem creditoris gekauft hat, muß von Beginn an für alle fructus percipiendi Ersatz leisten, s. Gl. Percipi

---

[1] Spätere Drucke lesen in dieser Glosse u. a.: Item percipiendi dicuntur duobus modis; vel quia *immutari*, vel quia dominus eos percepisset. Es bedarf wol keiner Erklärung, daß das cursiv gedruckte Wort heißen muß immaturi; in meiner Ausgabe 1494 lautet es denn auch wirklich so.

potuerunt ad leg. 10 §. 20 D. quae in fraudem creditorum 42, 8 (9).

γ. Ebenso wer wissentlich gegen ein gesetzliches Verbot gekauft hat, da sein dem gesetzlichen Verbote zum Trotz erworbener Titel eben als nichtig gilt; arg. l. 7 C. de agricolis et censitis 11, 47 (48).

δ. Auf dieselbe Weise haftet schließlich noch derjenige, welcher vom fiscus in unförmlicher Weise mala fide gekauft hat, s. Gl. Debere ad leg. 1 C. de fide et jure hastae fiscalis etc. 10, 3. — Irnerius (?) und Placentinus wollten hier kein speciale annehmen, indem sie diese Stelle von solchen Früchten verstehen, welche der malae fidei possessor zu gewinnen im Begriff war, andere wieder deuten sie von noch unreifen, nicht abgemachten Früchten, welche als pars fundi jedenfalls an den Vindicanten zurückkommen; Azo hat eine Ausnahme von der allgemeinen Regel behauptet und ihm Accursius sich angeschlossen; vgl. auch Azo, Lect. in Cod., ad hanc legem.

Ferner haftet aber für fructus percipiendi auch vor der Litiscontestation jeder malae fidei possessor sine titulo.

Auffallend ist das Gewicht, welches hierbei auf den titulus in einer Lehre gelegt wird, bei welcher wir gar nicht mehr an denselben zu denken pflegen; es bestätigt sich damit wieder, was wir bereits bei der Lehre von der Ersitzung zu bemerken Gelegenheit hatten, daß die Glosse dem Titel eine ganz besondere Bedeutung beimißt; wer cum titulo besitzt, ist ihr immerhin wenigstens in gewissem Grade stets entschuldbar; der auf einen Titel gestützte Besitz erscheint als der Anfang, als die schwächere Potenz des bona-fide-Besitzes.

Nach der Litiscontestation haftet jeder malae fidei possessor für omnes fructus, d. h. auch für fructus percipiendi; so daß also schließlich für diese nicht haftet nur der malae fidei possessor cum titulo ante litem contestatam, und zwar dieser auch wieder blos, sofern er nicht unter einen der vier besondern, oben näher aufgeführten Fälle gehört. Ganz vereinzelt lassen Irnerius und, wie es scheint, Albericus auch diesen haften, s. Hugolini, §. 371 bei Hänel, Diss. dom., S. 391; sonst aber

herrscht unter den Glossatoren fast vollständiger Consensus in dieser Angelegenheit. Martinus, s. dessen Glosse bei Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, Anh. IV, Nr. 28, S. 458; Hugo, Johannes Bassianus, s. Hänel, Diss. dom., S. 385; Placentinus, s. Summa Cod., in libr. 7, 51 (54)[1]; Hugolinus, s. Gl. Possessores ad leg. 22 C. h. t.; Azo, s. Lectura in Cod. ad leg. 22 C. h. t. und ad leg. 17 C. h. t. a. E.; und Accursius sind bezüglich ihrer als einverstanden deutlich nachzuweisen; und aus der Stellung, welche Bulgarus in einer sogleich bei der bonae fidei possessio zu besprechenden Frage einnimmt — s. einstweilen S. 384 bei Hänel, Diss. dom. —, läßt sich schließen, daß auch er hierhergehört.

So bleibt denn nur noch zu erörtern übrig, was fructus percipiendi denn eigentlich sind. Placentinus loc. cit. macht hinsichtlich ihrer einen Unterschied zwischen dem gewöhnlichen malae fidei possessor und dem fur[2]; ersterer soll nur für die Früchte haften, welche er selbst, letzterer auch für die, welche eventuell der Eigenthümer, wenn dieser den Besitz in der Zwischenzeit gehabt hätte, hätte ziehen können. Eine ähnliche Unterscheidung hat Hugolinus §. 160 a. E., s. bei Hänel, Diss. dom., S. 383—385; nur macht er sie bezüglich des bonae und des malae fidei possessor. In der Glosse bei Martinus und bei Azo treffen wir diese Distinction nicht; dort ist stets die Rede nur von den Früchten, welche der Eigenthümer hätte ziehen können, und für diese haftet demnach jeder, welcher fructus percipiendi prästiren muß; die abweichenden Ansichten werden von Accursius nicht einmal erwähnt. S. Gl. Potui ad leg. 12 pr. D. cit. 4, 2; Gl. Non habendam cit.; und eine ganze Reihe unter den sonst schon häufiger citirten Glossen.

Anders als für gewöhnliche fructus percipiendi[3] gestaltet

---

[1] Vgl. auch den hierhergehörigen Abschnitt in seiner Schrift De varietate actionum, I, 4, S. 17 und 18.

[2] Welchem raptor und invasor — der meticulosus findet sich hier nicht, vgl. oben Anm. 1, S. 293 — gleichgestellt werden.

[3] D. h. wegen nachlässiger Bestellung des Ackers gar nicht zur Existenz oder wenigstens nicht zur Reife gekommene Früchte.



sich die Haftung für solche Früchte, welche schon reif und nur infolge einer Nachlässigkeit des Besitzers nicht percipirt worden sind, so daß sie nun zu Grunde gegangen sind; für solche haftet nämlich jeder malae fidei possessor, vor oder nach der Litiscontestation, mit oder ohne Titel; s. Gl. Percepisse ad leg. 17 C. cit. und vgl. Lectura Azonis ad leg. 22 C. h. t.

Nicht in Betracht kommen als fructus percipiendi solche, welche nur auf unanständige Weise hätten gewonnen werden können; sind sie aber gewonnen, so fallen sie mit unter die zu restituirenden fructus percepti, s. Gl. Potuerunt ad leg. 33 D. cit.

Der Satz, daß als fructus percipiendi nur diejenigen gelten, welche der Eigenthümer gewonnen haben würde, wird so scharf durchgeführt, daß, wenn der Besitzer mehr hätte ziehen können als der Eigenthümer, er für diesen Mehrbetrag nicht haftet, s. Gl. Potuerit ad leg. 62 §. 1 D. cit. Uebersichtlich gestaltet sich die Sache demnach so:

Der malae fidei possessor haftet für

fructus percepti stets, seien sie ante oder post litem contestatam, auf anständige oder unanständige Weise gewonnen;

fructus percipiendi, d. h. Früchte, welche der Eigenthümer selbst auf anständige Weise hätte gewinnen können, wenn er

cum titulo ist, mit Ausnahme der vier unter griechischen Buchstaben angeführten Fälle, sowie mit Ausnahme des Falles nachlässigerweise nicht percipirter fructus maturi: erst von der Litiscontestation ab;

sine titulo ist, überhaupt; oder wenn er cum titulo ist, sofern einer der vorher erwähnten Ausnahmsfälle vorliegt: vor und nach der Litiscontestation.

Herrscht, wie bereits bemerkt, für die Grundzüge dieser Lehre im allgemeinen eine große Uebereinstimmung zwischen den Glossatoren, so ist doch ganz besonders merkwürdig, daß auch die Form, in welcher sie vorgetragen wird, bei Martinus, s. Savigny loc. cit., Azo, s. Lectura Cod. loc. cit., sowie Summa Cod. in libr. 3, 32 §. 13 fg., und Accursius, s. Gl. Non ha-

bendam cit., fast dieselbe ist; ja selbst Placentinus in dem Werke De varietate actionum, libr. I, tit. 4, hat da, wo er anfängt, über die Früchte zu sprechen, S. 17, unverkennbare Anklänge an diese Form. Nun ist diese Form freilich die bei den Glossatoren und in ihren Distinctionen allgemein übliche; es werden eine Reihe von Unterscheidungen aufgestellt, diese abwechselnd miteinander verbunden, und die Rechtsgrundsätze für die so verschieden construirten Fälle angegeben. Aber die Uebereinstimmung ist denn doch eine zu genaue, als daß sie sich blos auf Zusammentreffen in der Theorie und in der Anwendung derselben Darstellungsmethode zurückführen ließe; vielmehr muß geradezu der eine Autor dem andern zur Vorlage gedient haben, was dann den spätern nicht hinderte, in Einzelheiten, sofern er in denselben anderer Meinung war als sein Vorgänger, Aenderungen vorzunehmen. Solche Fälle, wo eine Materie von mehrern Autoren hintereinander unter starker und ausgesprochener Benutzung des frühern durch den spätern behandelt worden wäre, sind nicht gerade selten in der Glossatorenliteratur; das Besondere ist nur, daß wir hier in der günstigen Lage sind, aller Wahrscheinlichkeit nach uns im Besitze des Originals zu befinden, welches spätere Schriftsteller nur mit leichten Varianten copirt haben. Als solches ist nämlich die von Savigny loc. cit. abgedruckte Glosse des Martinus in tit. Codicis de petitione hereditatis 3, 31 zu betrachten. Wollten wir hinter diesen noch weiter zurückgehen, so bliebe uns nur übrig anzunehmen, daß der wirkliche Urheber der betreffenden „distinctio", um einen Glossatorenausdruck zu gebrauchen, Irnerius wäre. Freilich ist nicht ausgeschlossen, daß von den uns völlig unbekannten Juristen, welche zwischen Irnerius und den vier Doctoren liegen müssen, einige bei der Sache betheiligt wären; solange wir uns aber in vollständiger Unkenntniß solche Juristen betreffend befinden, kann diese Möglichkeit wol kaum mit in Betracht gezogen werden. Dafür aber, daß Irnerius nicht der Autor der Distinction ist, haben wir einen positiven Beweis. Wie nämlich der bereits citirte §. 172 Hugolini, bei Hänel, Diss. dom., S. 391, bezeugt, war Irnerius wegen der Frage der fructus percipiendi ganz

anderer Ansicht als Martinus. Nun ist allerdings die absolute Möglichkeit nicht zu leugnen, daß Martinus zur Darstellung einer ganz andern Theorie die von Irnerius als zur Erörterung seiner Ansicht passend gewählte Form benutzt haben könnte; verbinden wir aber die hieraus entstehende Schwierigkeit mit der allgemeinen Erwägung, daß sich entgegengesetzten Falles wol Ausführlicheres über Irnerius' Ansicht erhalten haben würde, so wird als dargethan zu betrachten sein, daß Martinus der Schöpfer der ganzen spätern Lehre von den Früchten ist.

b. Anders gestaltet sich die Haftpflicht des bonae fidei possessor. Wie es bei diesem wegen der fructus percepti steht, ist bereits bei Gelegenheit des Fruchterwerbs des gutgläubigen Besitzers auseinandergesetzt worden, er braucht, solange er eben in bona fide ist, stets nur die fructus extantes herauszugeben, muß aber auch die fructus extantes industriales restituiren, obgleich er Eigenthum an denselben erworben hat. Für die fructus consumpti naturales, sowie industriales haftet er überhaupt nicht, da es hier auch wegen der erstern an jedem Rechtsgrund für eine Ersatzpflicht fehlt. Vom Moment der Litiscontestation an aber haftet er nicht nur für alle percepti, sondern auch für percipiendi, gerade wie ein malae fidei possessor. Zwar findet sich nirgendwo in der Glosse die geistlose Construction, daß der bonae fidei possessor durch Contestation in malam fidem gerathe; solche schiefe und an und für sich widersinnige Behauptungen aufzustellen, blieb einer spätern Zeit überlassen. So haben wir schon bemerkt, daß bezüglich der Haftung für Untergang der gutgläubige Besitzer trotz der Litiscontestation solcher bleibt; ferner, daß er trotz derselben die Früchte weiter zu eigen erwirbt, soweit er sie auch früher erworben haben würde, wenngleich er nunmehr zu ihrer Restitution verpflichtet ist, s. oben §. 22 sub 5 b, und weiter Hugolini §. 392 a. E. bei Hänel, Diss. dom., S. 522. Aber bezüglich der Erstattungspflicht für Früchte bei der rei vindicatio haben allerdings Bulgarus, Johannes Bassianus[1], Azo und Accursius auf Grund

[1] Auf einen andern wenigstens kann man es nicht beziehen, wenn Azo, Lect. in Cod., ad leg. 2 C. 3, 31 §. 1, von „nostri doctores" redet.

positiver Rechtsvorschriften behauptet, daß der bonae fidei possessor durch die litiscontestatio in die Stellung eines malae fidei possessor gerathe; s. Gl. Possessorem ad leg. 10 C. de acqu. et ret. poss. 7, 32, vgl. auch Placentini Summa Cod., in libr. 7, 51 ed. Schoeffer, S. 351, Z. 8 v. u. — Anderer Ansicht war Martinus, welcher selbst hier auf die conscientia rei alienae gesehen haben wollte und sich demnach wieder auf die Seite der äußersten Billigkeit gestellt hat; doch scheint er nicht viel Anklang gefunden zu haben. Seine Theorie stützte er auf l. 2 C. de fructibus etc. 7, 51, welche aber von Accursius in Gl. Accepit ad leg. 2 cit. nach der entgegengesetzten Meinung ganz ohne Rücksicht auf ihn interpretirt wird[1]; dagegen benutzt Azo diese Stelle in seiner Lectura in Codicem zu einem lebhaften Ausfall gegen Martinus.

Dies ist nun die Gelegenheit, bei welcher ein den sonstigen Urtheilen über Martinus ganz entgegengesetztes von Azo gefällt zu werden scheint, wenn dieser sagt, Martinus habe an dem Buchstaben geklebt tanquam Judaeus; schon Savigny, Geschichte des Römischen Rechts, IV, 129, §. 42, Anm. f, ist es aufgefallen, daß diese Aeußerung nicht mit den sonst wol über Martinus vorkommenden stimmt; aber im Zusammenhange klärt sich dieser scheinbare Widerspruch auf. Allerdings haftet bei der Interpretation von l. 2 cit. Martinus am Buchstaben des Gesetzes: aber nur um eine Theorie durchzusetzen, welche der allerweitgehendsten Billigkeit Thür und Thor öffnet, mit andern Worten, nicht des Martinus Denkweise ist eine andere, sondern es liegt nur in den thatsächlichen Umständen die Anomalie, daß eine strenge Interpretation zu einem milden Ergebniß führt.

Wie dem auch sei, dieses Ergebniß ist jedenfalls von der Glosse verworfen, und wenn wir nun auch hier, für den bonae

---

[1] Das quadrimenstrum, von welchem in dieser Glosse die Rede ist, ist die Ausstandzeit für den verurtheilten Beklagten, von welchem in diesem Paragraphen schon unter 1) b. β. gesprochen worden ist; s. übrigens Vet. Coll. §. 75, bei Hänel, Diss. dom., S. 59.

fidei possessor, uns unsere Resultate schematisch vor Augen führen wollen, so erhalten wir folgendes Bild:

Der bonae fidei possessor haftet für
- fructus percepti
  - ante litem contestatam, soweit sie noch bei der Litiscontestation bei ihm extant sind;
  - post litem contestatam durchweg;
- fructus percipiendi
  - ante litem contestatam gar nicht;
  - post litem contestatam durchweg, soweit der dominus sie gewonnen haben würde, ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer durch die Litiscontestation wirklich in malam fidem gerathen ist.

Ueberblicken wir rückwärts die nun soweit klargestellte Lehre der Glosse von den obligatorischen Prästationen, so ist noch eins zu erörtern, nämlich die Art und Weise, in welcher dieselben von dem Kläger erlangt werden. Ist bei fructus extantes die reine Vindication möglich, soweit sie nicht in das Eigenthum des bonae fidei possessor gefallen sind, und andererseits bei fructus percepti non extantes eine mit der Vindication verbundene Condiction gegen den malae fidei possessor statthaft, wie beides bereits gelegentlich bemerkt worden ist, so bleibt die Frage doch wegen der in das Eigenthum des bonae fidei possessor gefallenen Früchte, welche nach der Litiscontestation restituirt werden müssen, sowie wegen aller zu ersetzenden fructus percipiendi unerledigt. Soweit diese Früchte in die Zeit nach der Litiscontestation fallen, könnte man sich noch mit den besondern Vorschriften über die Wirkung eben der Streitbefestigung behelfen; aber abgesehen davon, daß manches doch auch vor die Litiscontestation fällt, — so die Leistung der fructus percipiendi für den malae fidei possessor sine titulo —, wäre dies doch eine rein äußerliche Erklärung, durch welche die Einsicht in die Natur der Sache nicht viel gefördert würde. Daß dieselbe sich häufig in den bisher citirten Glossen findet, ist demnach nicht auffällig, aber andererseits für uns nicht genügend. Auch der Satz, daß bei der rei vindicatio die Sache cum omni causa herauszugeben

sei, genügt keineswegs. Denn abgesehen von der Unbestimmtheit des Ausdrucks, könnte diese Vorschrift nach den allgemeinen Anschauungen der Glosse höchstens eine condictio ex lege, und zwar ex ea lege, in welcher sie etwa ausgedrückt wäre, begründen; aber keine Erweiterung der rei vindicatio. Deshalb ist es denn auch für uns irrelevant, wenn der Umfang der omnis causa allerdings in den Glossen zu l. 23 D. de V. S. 50, 16 in recht weitem Maße entwickelt wird, wobei aber doch bemerkenswerth, daß Gl. Continentur ad leg. 23 cit. ausdrücklich leugnet, daß von diesem Gesichtspunkte aus bei der auf ein Grundstück gerichteten rei vindicatio auch die dem Grundstücke zustehenden Servituten in Betracht kämen.

Die Begründung der rein obligatorischen Fruchtprästationen findet nun aber, wie bereits bei Gelegenheit der Pflicht des bonae fidei possessor, die fructus percepti zu restituiren, erwähnt worden ist, die Glosse in dem officium judicis. Es ist dies ihr wol so ausgelegt worden [1], als habe sie dasselbe als Nothbehelf herangezogen, weil sie sonst nicht durchzukommen wußte; so einfach liegt denn die Sache aber doch nicht. Das officium judicis nimmt nämlich im Actionensystem der Glosse seine wohldurchdachte, mit der Auffassung der Römer nahe verwandte, überaus wichtige Stellung ein. Gerade daß die Glossatoren mit der schärfsten Strenge an den altrömischen juristischen Denkformen festhalten, und daß sie demgemäß stets genau zusehen, was der Natur der einzelnen actio nach durch dieselbe erzielt werden könne, mußte sie veranlassen, in den überaus häufigen Fällen, in welchen der Erfolg einer Klage über das eigentlich in ihrem Wesen liegende Postulat hinausgeht, sich durch ein besonderes Institut zu helfen. Dieses Institut ist das officium judicis, die in processualische Actionengestalt gebrachte Billigkeitsrücksicht. [2]

---

[1] S. Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 117, Anm. 33.

[2] Ob das officium judicis geradezu eine actio sei, war bei den Glossatoren streitig; Martinus war dieser Ansicht, und wie viel Eindruck er als

Die Gl. exceptione ad leg. 4 C. depositi 4, 34[1] unterscheidet eine dreifache Function dieses officium. Es führt zu einem eigenen Verfahren, wenn es eine restitutio in integrum veranlaßt; es tritt zweitens in Thätigkeit bei jeder actio arbitraria, indem die prima sententia (der arbitratus judicis) auf ihm beruht; und drittens beeinflußt es jede actio bonae fidei in ihrem ganzen Verlaufe. Schon aus dieser Aufzählung ergibt sich seine Bedeutung, nämlich die, wo die actio an und für sich nicht ausreicht, um dem Kläger oder auch allenfalls dem Beklagten zu ihrem vollen Recht zu verhelfen, vermittelnd und ausgleichend aufzutreten. Hierbei stößt sich die Glosse wol um so weniger an der staatsrechtlichen Schwierigkeit, als der Richter zu ihrer Zeit häufig eine ähnliche Stellung einnehmen mochte wie der Prätor zur guten Zeit der Römer. Seine Person steht ganz außerordentlich hoch über den Parteien, wie es alle damaligen Formulare erkennen lassen; judex ordinarius war der Graf oder der Bischof, häufig trat aber auch Ausübung der Gerichtsbarkeit durch königliche Sendboten, missi, nuntii domini regis ein, welche dann wol mit den allerumfassendsten Vollmachten ausgerüstet waren[2]; und so dürfte der Grundsatz von der

---

Vertreter derselben gemacht haben muß, erhellt daraus, daß noch der Vocabularius juris, ad vocem Officium, ihn für sie citirt. Pillius scheint sich ihm angeschlossen zu haben, denn in seinen Quaestiones findet sich sehr oft an der Stelle, wo er sonst die Klage, um welche es sich handelt, anzugeben pflegt, und mit genau demselben Ausdrucke, welchen er dieser Angabe zu verleihen pflegt, die Erklärung: Proponitur judicis officium. Accursius hat hingegen die entgegengesetzte Meinung adoptirt, nach welcher das officium keine Art der actio ist, vielmehr nur bisweilen inhaeret actioni, s. Gl. Quam jus ad. pr. J. de actionibus 4, 6. Vgl. übrigens noch Azonis Brocardica, Rubr. 20 de praesidibus et judicibus, in meiner Ausgabe S. 234.

[1] Vgl. auch die kurze Bemerkung bei Placentinus, De varietate actionum, Buch I, Titel 1, S. 5 in medio; sehr ausführlich und vielfach mit Accursius übereinstimmend ist Azonis Summa Institutionum in libr. 4, 17, besonders fol. 264, Sp. 1 unten und Sp. 2, unter Nr. 2; s. noch bei demselben in tit. J. 4, 6 fol. 284vo., Sp. 1 unter Nr. 4.

[2] S. wegen aller dieser Verhältnisse Ficker, Zur Italienischen Reichs- und Rechtsgeschichte, passim.

Souveränetät der Gerichte hier eine bedeutende Rolle gespielt haben.

Auf diese Weise greift das officium judicis in die sonst streng am classischen Actionenrecht festhaltende Construction der Glossatoren als letztes, den Mechanismus vollendendes Rad ein; sie verwirklicht den Sieg der Billigkeit über das starre Recht, gerade wie ihn früher der Prätor vermittelt hatte. Und wenn nun die Glosse auch im Falle des Fruchtersatzes bei der rei vindicatio sich auf sie stützt, um dem Beklagten eine seiner Verschuldung angemessene Restitutionspflicht aufzuerlegen, dem Kläger aber so viel wie möglich zum Ersatze für den zeitweilig ihm entzogenen Besitz der Sache zu verhelfen: so ist dies ebenso wenig Nothbehelf, wie wenn sie, was nun auszuführen, dasselbe officium judicis benutzt, um dem Beklagten, soweit wie recht und billig, Deckung für die von ihm aufgewendeten Kosten zu verschaffen und deu Kläger, soweit es nach dessen allgemeinen Vermögensverhältnissen thunlich, zum Ersatze derselben anzuhalten.

## §. 29.

### 3. Gegenansprüche des Beklagten.

1) Stets kann der Beklagte diejenigen Verwendungen einfordern, welche er behufs Gewinnung von Früchten gemacht hat, aber er muß auch stets die von ihm gewonnenen Früchte, soweit sie ihm verbleiben, von diesen Kosten in Abzug bringen. So kommt es, daß der bonae fidei possessor wegen der von ihm auf die lucrirten Früchte gemachten Ausgaben keine Expensen fordern darf, die Haftpflicht des malae fidei possessor sich dagegen stets um die von ihm zur Gewinnung der Früchte gemachten Ausgaben verringert; s. Gl. Quod in fructibus ad leg. 46 D. de usuris 22, 1; Gl. Hoc fructuum ad leg. 1 C. de fructibus etc. 7, 51; Gl. In praesentis ad leg. 3 §. 1 D. de impensis 25, 1; Gl. Compensatione ad leg. 48 D. h. t. und Gl. Superfluum ad leg. 65 pr. D. h. t.; letztere wird unter 3) a. genauer behandelt werden. — Man kann dies kurz so ausdrücken,

daß als fructus, Fruchtertrag, stets nur der Nettoertrag, nach Abzug der Gewinnungskosten, in Betracht kommt.

2) Dies einmal gesondert, zerfallen die übrigen auf die Sache gemachten Verwendungen in zwei große Klassen: solche, welche in reficiendo, und solche, welche in de novo faciendo ausgelegt sind. S. hierüber und wegen des Weitern: Gl. A fure ad leg. 1 C. de infantibus expositis 8, 52; Gl. Sumptus fecerint ad leg. 5 C. h. t. 3, 32 und Gl. Extinctum sit ad leg. 2 C. eod. tit.; Gl. Servare posse ad leg. 33 D. de condictione indebiti 12, 6; Gl. Deducto ad leg. 38 D. h. t. 6, 1; Gl. Tollat ad leg. 37 D. eod. tit.; Gl. Sumptibus und Gl. Aedificium ad leg. 27 §. 5 eod.; Gl. Aedificaverit ad §. 30 J. de rer. div. 2, 1; Gl. Quae cum ita sint ad leg. 14 §. 1 D. communi dividundo 10, 3; Gl. Actio nascitur ad leg. 29 pr. D. eod.; Gl. Paulus respondit ad leg. 14 D. de exc. doli mali 44, 4; Gl. Aliud ad leg. 3 §. 15 D. de itinere actuque privato 43, 19; Gl. Actionem ad leg. 6 §. 3 D. negotiorum gestorum 3, 5; vgl. Azonis Lectura in Cod., ad leg. 2 et 5 C. h. t. 3, 32 und ad leg. 1 C. de infantibus 8, 52; Martinus in der citirten, bei Savigny abgedruckten Glosse, und Hugo in Dist. LXX, §. 19[b] bei Hänel, Diss. dom., S. 574. Die Regeln von den Impensen werden von der Glosse großentheils bei der Lehre von der inaedificatio entwickelt; es ist daher auch noch zu verweisen auf das oben in §. 24 sub 2) b. Gesagte, mit der Maßgabe, daß dort stets von bei de novo faciendo gemachten Ausgaben die Rede ist.

Die Eintheilung in Kosten zu Neubau und zur Erhaltung des alten Baues steht in Verbindung mit l. 3 §. 15 D. de itinere actuque privato 43, 19, welche auch Placentinus, De varietate actionum, libr. I, tit. 4, S. 16 ihrem Wortlaute nach anführt. Diese Distinction fällt ihrem Wesen nach aber vielfach zusammen mit derjenigen zwischen impensae utiles und necessariae, welche von der Glosse jedoch trotzdem neben ihr, oder genauer gesagt, als Unterabtheilung unter ihr noch einmal besonders gemacht wird. Im allgemeinen handelt es sich darum, daß der Neuerbauer strenger zu behandeln ist als derjenige,

welcher vorhandene Einrichtungen reparirt. — Wir lassen sofort die Regeln folgen:

a. Der bonae fidei possessor hat

α. wegen impensae in de novo faciendo factae stets eine Einrede (denn sie werden ja durchweg utiles sein) und

β. ebenso wegen impensae in reficiendo facto, seien sie nun necessariae oder utiles.

Nur wenn diese Impensen blos voluptuare waren, steht dem Besitzer lediglich ein jus tollendi zu; dies findet sich für den Fall β. ausdrücklich bemerkt, wird aber wol auch auf den Fall α. auszudehnen sein.

b. Der malae fidei possessor hat

α. wegen impensae in de novo faciendae factae gar keinen Ersatzanspruch, denn: donasse videtur;

β. wegen impensae necessariae in reficiendo factae eine Einrede, sofern er nicht Dieb ist; wegen utiles ein jus tollendi; wegen voluptuariae gar keinen Anspruch.

c. Der anfängliche bonae fidei possessor, welcher aber später in malam fidem gerathen ist, hat zum Lohn seiner ursprünglichen bona fides auch für die während der mala fides gemachten impensae in de novo faciendo ein jus tollendi; sonst wird er gleich dem malae fidei possessor behandelt.

Geltend macht der bonae fidei possessor seine Ansprüche durch exceptio doli[1]; eine förmliche exceptio hat der malae

[1] Durchweg ist blos von einer solchen die Rede. Eines besondern, dem Besitzer zustehenden Retentionsrechts erwähnt nur die Gl. Actionem ad leg. 6 §. 3 D. de negotiis gestis cit. ganz vorübergehend und zusammenhangslos; vgl. auch Pillius, Quaestio C, im Anfange. Spuren, oder richtiger wol Anknüpfungspunkte für spätere Weiterentwickelung könnte man alsdann finden in Gl. Deducto ad leg. 38 D. h. t., wo die Art und Weise, wie der Ersatzanspruch für Impensen durchgeführt wird, näher erörtert wird. Danach soll der Richter zuerst ein Interlokut erlassen, welches den Kläger anweist, die Impensen zu restituiren. Quod si nolit, debet eum condemnare, ut: condemno te, ut restituas fundum, restitutis tibi impensis.

fidei possessor hingegen nie, vielmehr gelangt dieser zu dem ihm zustehenden Ersatz immer nur durch das officium judicis. Dieses hat hier aber insofern eine noch weitere Bedeutung, als es die Folge hat, daß die oben gegebenen Grundsätze überhaupt nicht strenge zu handhaben sind, sondern ganz verschieden nach der Person des Klägers. Darauf, ob im concreten Falle die impensae als necessariae oder utiles erscheinen; ob der Beklagte für dieselben Ersatz begehren kann oder nicht, auch wenn er neu gebaut hat; ferner darauf, inwieweit Kläger die von dem Beklagten gemachten impensae utiles für sich selbst direct oder indirect, indem er die werthvoller gewordene Sache theuerer verkauft, nutzen kann: auf alles dies hat der Richter, ehe er über die Impensen erkennt, wohl Rücksicht zu nehmen; besonders muß er dabei erwägen, ob Kläger reich oder arm ist und ob Kläger zugemuthet werden kann, die eingeklagte Sache zu verkaufen. Nach diesen Umständen hat der Richter die Entscheidung dann so zu fällen, daß einerseits der Beklagte in so hohem Grade Ersatz erhält, wie es irgendwie mit dem berechtigten Interesse des Klägers vereinbar; daß aber andererseits wol auch der dem Beklagten zugebilligte Ersatz unter der Höhe des ihm gewöhnlich zustehenden bleibt, wenn sonst Härten für den Kläger eintreten; mit andern Worten: das officium judicis dient auch hier wieder dazu, Billigkeitsrücksichten im allerweitesten Maße zum Siege zu verhelfen, wobei der Anfang von l. 38 D. h. t. cit. in ganz außerordentlich hohem Grade betont wird.

Impensae utiles kommen, wenn zwischen der Erhöhung des

---

Will man diesen Ablativus absolutus auflösen: nachdem . . . ersetzt sein werden, so ist damit die Lehre von der Retention bei der Vindication in nuce gegeben; wohl zu bemerken ist jedoch, daß es sich in der Stelle, auf welche Gl. Deducto cit. sich bezieht, um Ersatz für bloße impensae voluptuariae handelt; andererseits wird noch hinzuzunehmen sein, daß, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt, der Besitzer einer Sache, welche er als fremde kennt, wenn er sie wegen von ihm zu erhebender Gegenansprüche dem Eigenthümer nicht restituirt, selbst durch Litiscontestation nicht in malam fidem geräth. — In der vor-Irnerischen Literatur findet sich keine Andeutung eines jus retinendi; s. bei Fitting, Juristische Schriften, H. IV, §. 73 fg., und im Brachylogus I, 7, §. 3.

Werthes des Grundstückes und der aufgewendeten Summe ein Unterschied ist, immer nur wegen des geringern Werthes in Betracht, sei es nun, daß durch einen Aufwand von 15 das Grundstück nur um 10 werthvoller geworden ist: dann war eben nur die Verwendung jener 10 utilis; oder sei es, daß das Grundstück durch einen Aufwand von 10 um 15 werthvoller geworden ist, denn mehr als er direct ausgegeben, kann selbst der gutgläubige Besitzer nicht verlangen ersetzt zu bekommen. S. Gl. Plus pretio ad. leg. 38 D. h. t.

Derjenige, welchem ein jus tollendi zusteht, hat dasselbe stets nur, sofern er durch Ausübung desselben die Sache nicht schädigt und einen wirklichen Vortheil zieht; s. Gl. Pro voluptuariis ad leg. 9 D. de impensis 25, 1; übrigens hat der Eigenthümer immer das Recht, die neuen Anlagen zu behalten, wenn er dem Beklagten seine Ausgaben vergütet.

So die Theorie der Glosse, welche sich hier wie so oft auf Johannes Bassianus und Azo stützt. Viel weiter ging Martinus; dieser gab zunächst einmal dem malae fidei possessor bei allen impensae in de novo faciendae factae utiles eine exceptio behufs Rückerlangung der Kosten; dann demselben bei impensae in de novo faciendo factae voluptuariae ein jus tollendi; und schließlich jedem, dem malae sowol wie dem bonae fidei possessor, so oft ihm eine exceptio zustand, auch eine actio. Wie sich Accursius bezüglich der beiden ersten Punkte verhält, ist schon im Vorigen bemerkt; es erübrigt noch die Frage wegen der dritten und letzten von Martinus aufgestellten Behauptung, nämlich wegen der selbständigen, auf Ersatz für die impensae gehenden actio. Obgleich die Glosse eine solche in derartigem Umfange wie Martinus wol unter keinen Umständen zugegeben haben würde, so kommt es sie doch hart an, sie ganz zu leugnen und sich so von der Regel zu trennen, nach welcher exceptio und actio sich entsprechen; selbst Azo scheint nach einigen Stellen eine gewisse Neigung gehabt zu haben, wenigstens für den Fall der Reparaturkosten dem gutgläubigen Besitzer auch eine besondere Klage einzuräumen, was vielleicht mit seiner Distinction betreffend l. 2 C. h. t. zusammenhängt, s. oben §. 24 unter 2) b.;



sehr scharf und bestimmt spricht sich freilich derselbe Autor dagegen aus, die ganze Sache gründlich erledigend, und sich genau an Johannes Bassianus anschließend, in seinen Brocardica, Rubr. X, Repetit, retinet, eligit, excusat, intervenit; in meiner Ausgabe S. 698. Des Johannes Bassianus Verdienst ist es jedoch hier offenbar großentheils gewesen, nach Bulgarus' Vorgang mit scharfem Festhalten an den Quellen und genauem Eingehen auf die Natur der actio negotiorum gestorum dem frühern Besitzer, welchem die Sache abvindicirt worden ist, wenn er auch noch so nothwendigen Aufwand auf sie gemacht hat, jede selbständige Klage zu versagen. Und eben dieser Theorie hat sich denn auch die Glosse, trotz eines gewissen innern Widerstrebens, anzuschließen nicht umhin gekonnt; nur in einem ganz besondern Falle kommt sie auf Umwegen zu einem andern Resultat.

Kann nämlich überhaupt von einer actio desjenigen, welcher Aufwendungen gemacht hat, die Rede sein, so könnte es sich nur um die actio negotiorum gestorum contraria handeln. Diese aber hat nur derjenige, welcher animo alieno aufgewendet hat, keinenfalls, wer suo nomine Kosten auf die Sachen verwandte. Nun kann der bonae fidei possessor doch wol regelmäßig nur suo nomine verwendet haben, indem er ja, wenn er nomine alieno verwendete, nicht in bona fide wäre; für ihn fällt also dies Auskunftsmittel fort. Bleibt nur noch der weit weniger sympathische malae fidei possessor, für welchen sich nach l. 6 §. 3 D. negotiorum gestorum 3, 5 allenfalls eine Klage construiren ließe, die aber nach der allgemeinen Theorie der Glosse deshalb wegfällt, weil bei ihm das impendere alieno nomine eine eigenthümliche Färbung hat, nämlich die der Schenkung. So scheint für den mit der rei vindicatio Beklagten kein Fall der Möglichkeit selbständiger Klage übrigzubleiben; dennoch ist ein solcher denkbar. Es kann nämlich die actio negotiorum gest. contr. angestellt werden, wenn auch nicht von dem dem Eigenthümer die Herausgabe versagenden Besitzer, wie wir ihn freilich im allgemeinen bei der rei vindicatio als Beklagten voraussetzen müssen, so doch von einem bonae fidei possessor, welcher etwa zur Herausgabe stets bereit ist, sobald der dominus sich

melden wird, einstweilen aber im Namen des ihm noch unbekannten Herrn die nöthigen Verwendungen auf die Sache macht. Auch gegen diesen Besitzer kann es zur Vindication kommen; ist er doch nicht verpflichtet, die Sache jedem ersten besten herauszugeben, sondern kann verlangen, daß der die Sache in Anspruch nehmende zuerst den Beweis des Eigenthums an ihr führe, d. h. also, daß er vindicire. In diesem Falle sind für den mit dieser Vindication Beklagten, sofern durch seine Aufwendung die Sache werthvoller geworden, d. h. also negotium utiliter gestum ist, alle Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria gegeben; er wird dieselbe also auch erheben können, wenn er etwa der Vindication gegenüber seine Ansprüche excipiendo geltend zu machen versäumt haben sollte.

Nur die Construction dieses ganz besondern Falles kann es uns erklärlich machen, wenn die Glosse hin und wieder, nachdem sie sonst häufig und ausdrücklich dem Beklagten jede Klage wegen des Ausgegebenen abgesprochen hat, dennoch von einer solchen redet. Sie thut dies mit einem eigenen, von Bulgarus herrührenden Buchstabenspiele, indem sie sagt: expensae petuntur per a et per e et per i et per o, wobei a = actionem, e = exceptionem, i et o = judicis officium. Schon an dieser letztern Bildung sieht man deutlich, daß es Bulgarus hier nicht darauf ankam, dieses von den Glossatoren offenbar für überaus fein und sinnig gehaltenen Scherzes halber — auch Azo wiederholt ihn loc. cit. ad leg. 2 §. 4 — etwas gezwungen zu verfahren; und so hat man denn sicherlich den sonst nicht erwähnten, nach des Bulgarus eigener Theorie äußerst schwer construirbaren Fall von einer dem Beklagten zustehenden actio nur gebildet, um das a nicht entbehren zu müssen.

So die Regeln der Glosse über die dem Beklagten zustehende Entschädigung für die Impensen, wobei schließlich noch zu bemerken, daß hier stets mit besonderer Sorgfalt auf die Unterschiede zwischen rei vindicatio und petitio hereditatis hingewiesen wird.

3) Eine ganz eigenthümliche Art der Aufwendung ist diejenige, welche der Beklagte gemacht hat, um die Sache in seinen

Besitz zu bekommen, also etwa der Kaufpreis, welchen er für sie bezahlt hat. Doch ist hier im allgemeinen von Ersatz nicht die Rede, s. Gl. Poteris ad leg. 3 C. h. t. Nur in wenigen besondern Fällen wird der Eigenthümer zum Ersatze des von Beklagtem gezahlten Preises anzuhalten sein, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria vorliegen oder wenn der von Beklagtem gezahlte Preis in des Klägers oder seines Erblassers Vermögen gekommen ist.

a. Eine in rem versio liegt vor in l. 65 pr. D. h. t., nach welcher derjenige, welcher den Pfandgläubiger bezahlt, dadurch also den Pfandverkauf und den Untergang des bisherigen Eigenthums an der Sache gehindert hat, der rei vindicatio gegenüber die dem Pfandgläubiger gezahlte Summe ersetzt zu bekommen fordern kann. So construirt den Fall richtig der dritte, letzte und approbirte Theil der Gl. A non domino ad leg. 65 pr. cit. Die Zinsen der gezahlten Summe compensirt der Beklagte übrigens mit dem Werthe der von ihm aus der Sache gezogenen Früchte, nach der allgemeinen Regel bezüglich der Compensation der Früchte und der auf Fruchtgewinnung gemachten Impensen. Denn da der Beklagte die Früchte nicht gewonnen haben würde, wenn er die Schuldsumme nicht bezahlt hätte, so repräsentiren die Zinsen der letztern die Kosten, welche er jährlich für Gewinnung der Früchte aufwendet, es sind sozusagen impensae ad fructus percipiendos factae civiles im Gegensatze zu den durch Bestellung des Bodens oder dergleichen mehr entstehenden impensae naturales; s. Gl. Superfluum ad leg. 65 pr. cit.; Gl. Compensatione ad leg. 48 D. h. t.; Gl. Extantes ad leg. 22 C. h. t. und Gl. Reputatio ad leg. 40 §. 1 D. de minoribus viginti quinque annis 4, 4.

b. In l. 3 C. de his, quae vi metusve causa 2, 20 hat der Großvater des Vindicanten ein Grundstück verkauft und zwar war er zu diesem Verkaufe durch Furcht oder Gewalt (vis compulsiva) gezwungen worden. Hier steht dem Enkel jederzeit die Vindication frei; er soll aber nicht infolge derselben nunmehr die Sache erhalten und dazu den früher vom Käufer für sie gezahlten Kaufpreis behalten, sondern muß letztern dem Beklagten

zurückgeben, wobei zu bemerken, daß im Falle unserer Stelle der Beklagte nicht der ursprüngliche, durch Gewalt oder Erregung von Furcht zu der Sache gelangte Käufer ist. Grund der Rückgabe ist auch hier wieder die in rem versio, da ja der an den Großvater gezahlte Preis in das Vermögen seines Erben, des Enkels, gekommen ist. Daß es sich nicht um irgendwelche Evictionshaftung handelt, geht schon daraus hervor, daß der Vindicant dem dritten Käufer nicht etwa den von diesem gezahlten Kaufpreis, sondern nur das ersetzen muß, was sein, des Klägers, Großvater erhalten hat, so daß, wenn dieser nichts erhalten hat, die ganze Ersatzpflicht wesenlos wird; s. Gl. Reddito ad leg. cit. Aehnliche Fälle sind die von l. 10 und l. 16 C. de praediis etc. 5, 71; s. Gl. Constiterit ad leg. 10 und Gl. Probare ad leg. 16 cit., welche letztere darauf, daß der Verkauf deshalb stattgefunden, weil sonst der Minderjährige nicht hätte seine Schulden decken können, gar kein Gewicht legt, ja, dem Beklagten den Nachweis dieses Umstandes zu erlassen bereit ist; es wird vielmehr als Grund für den Ersatzanspruch desselben blos auf die in rem versio verwiesen.

c. Mehr den Gesichtspunkt der negotiorum gestio betont Gl. Reddendum ad leg. 6 D. de capt. et de postliminio 49, 15; hieraus schon ist ersichtlich, daß die Glosse keineswegs auf diese Stelle einen besondern Fall der Ersatzpflicht für den Preis, wenn die Sache vom Feinde eingelöst wurde, zú gründen beabsichtigt.

Vgl. zu den einzelnen hier genannten Fällen noch: Azo, Lectura in Cod., ad leg. 3 C. 3, 32 §. 1; ad leg. 32 eodem; ad leg. 16 C. 7, 51 i. f.; und ad leg. 2 C. 6, 2; ferner Placentini Summa Codicis, in librum 5, 71 zu Ende, ed. Schoeffer, S. 235, Z. 3 v. u.; und ebendort ad librum 2, 20 ed. Schoeffer, S. 67, Z. 10—11 v. o.; in letzterer Stelle findet sich der artige Druckfehler — von derartigen Fehlern in dieser Ausgabe war schon häufiger die Rede — vinolentus für violentus.



## §. 30.

## B. Actio negatoria.

Von der Glosse werden actio confessoria und negatoria im allgemeinen völlig parallel behandelt; letztere wird trotzdem hier der Vollständigkeit halber zur Darstellung gebracht, während die Rücksicht auf die Denkweise der Glosse eher dazu bestimmen müßte, diese Besprechung in die Lehre von den Servituten zu verweisen.

Der Name der beiden Klagen soll nach Placentinus daher stammen, weil die confessoria mit behauptenden, die negatoria mit verneinenden Worten angestellt wird; s. Gl. Qui negat ad leg. 2 pr. D. si servitus vindicetur 8, 5. Doch wird diese Herleitung von Accursius ausdrücklich verworfen, unter Bezugnahme auf die Klage wegen einer servitus altius non tollendi, bei welcher gerade das Entgegengesetzte stattfinde.[1] Gewinnt es demnach den Anschein, als habe Placentinus, wie wol einige Neuere, die actio confessoria stets dann für angebracht gehalten, wenn auf ein thun Dürfen — auch etwa von seiten des Eigenthümers z. B. einer behaupteten beschränkenden Servitut gegenüber — geklagt werde, die actio negatoria dagegen nur dann ertheilt, wenn ein nicht thun Dürfen klageweise behauptet wird — also etwa auch vom Servitutberechtigten dem Eigenthümer gegenüber bei einer beschränkenden Servitut — so ist dies doch in Wirklichkeit nicht des Placentinus Ansicht. Vielmehr beweist die Ausführung in seiner Summa Cod. in libr. 3, 34 ed. Schoeffer, S. 117, Z. 3 v. u. — S. 118, Z. 4 v. o.[2], daß er die confessoria stets nur dem gab, welcher eine Ser-

---

[1] Man vgl. auch Pillius, Quaestio VI, in der Solutio: . . . confessoria actio . . . quandoque affirmative, quandoque negative proponitur.

[2] Vgl. etwa noch Vocabularius juris sub voce Actio confessoria, wo Placentinus besonders citirt wird.

vitutberechtigung behauptet, und andererseits die negatoria nur dem dominus zur Behauptung der Freiheit seines Eigenthums. Sehr klar führt er nämlich loc. cit. aus, wenn ein Fremder das thun Dürfen des Eigenthümers leugne, so behaupte er doch, nämlich die Existenz einer Servitut, welche ihn berechtige, den Eigenthümer zu hindern; und wenn der Eigenthümer auch nur sein thun Dürfen behaupte, so leugne er doch, nämlich die Existenz einer Servitut, welche den Gegner berechtige, ihn zu hindern. Es sei daher z. B. die Behauptung des Klägers in der confessoria „domino jus non esse, aliquid in certo loco positum habere" ebenso gut eine positive, wie die umgekehrte Behauptung des Klägers in der negatoria eine negative.

Hieraus folgt, daß die Meinungsdivergenz zwischen Placentinus und Accursius sich blos auf die Herleitung des Namens beschränkt, ohne daß ersterer aus seiner Herleitung auf Wesen und Natur der Klage weiter zu schließen versucht hätte; vielmehr herrscht in der Glossatorenliteratur, soweit mir ersichtlich, völlige Uebereinstimmung darüber, daß die actio negatoria nur dem Eigenthümer zusteht zum Schutze gegen Störung seines Eigenthums, die confessoria hingegen nur dem Servitutberechtigten zur Durchführung seiner Servitut. S. Gl. Qui negat cit.; Gl. Aeque, Gl. Tollendi und Gl. Altius tollendi ad §. 2 J. de actionibus 4, 6.

Dies schließt nun aber den Dissens in der Beantwortung einiger das Feststehende näher bestimmenden Fragen nicht aus; so zunächst in der Frage, ob, damit die negatoria vom Eigenthümer angestellt werden kann, früher der Gegner Servitutberechtigter gewesen sein und behauptet werden muß, daß das Eigenthum jetzt wieder frei sei. Placentinus soll dies nach Gl. Qui negat bejaht haben und auch seine citirte Ausführung in der Summa Cod. sowie einige Stellen in dem sonst wenig Hierhergehöriges gebenden Titel 5 des ersten Buches seines Werkes De varietate actionum lassen eine derartige Stellung ihres Autors durchscheinen, für welche dieser eine Stütze in §. 2 J. cit. gesucht haben wird. Anderer Ansicht aber ist die Glosse; den §. 2 J. cit. erklärt sie sich in allerdings ziemlich gezwungener Weise,

aber doch so, daß jedenfalls die Annahme von Placentinus' Ansicht ausgeschlossen erscheint; und ausdrücklich bestreitet sie diese letztere in der häufiger citirten Gl. Qui negat ad leg. 2 pr. D. 8, 5, mit Berufung auf l. 13 D. eod. tit., s. auch Gl. Agere ad leg. 13 cit.; vgl. ferner Gl. Habere ad leg. 29 §. 1 D. de lege Aquilia 9, 2 und Gl. Jus ei non esse ad leg. 2 D. de arboribus caedendis 43, 27, nach welch letztern noch Otto auf seiten des Placentinus, Hugolinus auf derjenigen des Accursius gestanden zu haben scheinen.

Wir gelangen zu der weitern Frage, ob denn nicht wenigstens nur dann mit der negatoria gegen eine Eigenthumsstörung vorgeschritten werden kann, wenn dieselbe sich als eine Handlung darstellt, welche wenigstens möglicherweise die Ausübung einer Servitut sein könnte. Dies wird nirgends in der Glosse mit so klaren Worten abgehandelt, wie der eben besprochene Punkt; doch scheint gerade aus dem Argument, welches Gl. Qui negat cit. in der von ihr behandelten Streitfrage benutzt, hervorzugehen, daß Accursius auch die freiere Ansicht von der Anwendbarkeit der negatoria gegen jede Besitzstörung theilen mußte. Hat man nämlich einmal aus l. 13 D. h. t. 8, 5 geschlossen, daß zur Anstellung der negatoria eine Servitut als früher bestanden habend nicht vorausgesetzt werden muß, so wird man wol kaum sich der Nothwendigkeit entschlagen können, auch einen Schritt weiter zu thun und zu folgern, daß überhaupt gar nicht ein einer Servitut entsprechender Thatbestand vorzuliegen braucht. Hiergegen sprechen auch nicht wesentlich die Stellen, in welchen die Rede ist von der negatoria als derjenigen Klage, welche von dem Eigenthümer der Behauptung einer Servitut gegenüber anzustellen sei; denn allerdings wird diese Anwendung wol die gewöhnliche sein, und diese haben dann eben solche Glossen, s. z. B. diejenigen ad §. 2 J. cit., im Auge. Etwas anders lautet allerdings Gl. Ita habere ad leg. 14 §. 1 D. h. t. 8, 5, welche die Bemerkung macht: si tamen socius contendat jure servitutis ita habere; alias qualiter haberet locum negatoria? Dennoch müssen wir selbst dieser, ja doch allenfalls auch die Möglichkeit der Interpretation vom gewöhnlichen Falle aus bietenden Ausdrucksweise gegen-

über[1] darauf beharren, daß Accursius die Negatorienklage im weitesten Umfange zuließ, und zwar mit Bezug auf Gl. An possit ad leg. 11 D. eod. tit. 8, 5, Gl. Ita habere cit. in ihren übrigen Ausführungen, und besonders Gl. Invito ad leg. 26 (25) D. de servitutibus urbanorum praediorum 8, 2. Diese Stellen geben nämlich ausdrücklich zu, daß eine actio negatoria eines socius gegen den andern bezüglich einer gemeinschaftlichen Sache möglich ist, während doch ein socius an der gemeinschaftlichen Sache als condominus derselben gar keine Servitut haben könne[2]; aus diesen Prämissen folgt aber unwiderleglich die allerdings von der Glosse nicht ausdrücklich gezogene Consequenz, daß eine Negatorienklage auch da möglich ist, wo eine Servitut unmöglich wäre. Demnach ist für Accursius die actio negatoria diejenige dingliche Klage, welche dem Eigenthümer zum Schutze seines Eigenthums gegen jedwede Störung, möge dieselbe sich als Ausübung einer Servitut, welche früher wirklich bestanden haben mag oder nicht, betrachten lassen oder nicht, zusteht; dem entspricht denn auch, daß l. 8 §. 6 D. 8, 5 von Accursius durchweg auf die actio confessoria, nicht auf die actio negatoria bezogen wird; wird der Eigenthümer an solchen Handlungen, wie die dort besprochene, verhindert, so steht ihm übrigens auch die actio injuriarum zu. S. Gl. In suo und Gl. Aut lavare ad leg. 8 §. 6 cit., sowie etwa noch Gl. Non posse ad eandem legem.

Die negatoria geht zunächst auf Beseitigung des durch die Eigenthumsstörung entstandenen Zustandes auf Kosten desjenigen, welcher sich die Störung hat zu Schulden kommen lassen; s. Gl. Sumptibus ad leg. 8 C. de servitutibus et aqua 3, 34; dann

---

[1] Uebersetze etwa: denn wie käme man sonst dazu, die negatoria anzustellen?

[2] Was übrigens bekanntlich nicht einmal ganz exact ist, da, wenn ein condominus Servitutberechtigter an einem im condominium stehenden Grundstücke oder Servitutpflichtiger desselben war, ehe dieses in sein condominium gerieth, die Servitut nun nicht untergeht, während allerdings eine neue nicht mehr entstehen kann; s. l. 8 §. 1 D. de servit. 8, 1.

aber auch auf Schadensersatz, welcher hier, genau wie bei der rei vindicatio und jeder actio arbitraria oder bonae fidei überhaupt, auf Grund des officium judicis verlangt werden kann. Zwar spricht Gl. Curabit ad leg. 5 C. de servitutibus et aqua 3, 34 ausdrücklich nur von der actio confessoria; da diese aber in allen diesen Fragen derselben Behandlung unterliegt wie die negatoria, so ist Gl. Curabit cit. wol auch auf letztere anwendbar; vgl. auch Gl. Interfuit ad leg. 1 §. 20 D. de operis novi nuntiatione 39, 1 verbunden mit Gl. Vindicatio ad eandem legem; direct beweist Gl. Non uti ad leg. 4 §. 2 D. 8, 5, welche die Sigle des Azo trägt; und so gebraucht denn dieser in seiner Lectura in Cod. ad leg. 5 C. 3, 34 die Wendung: in confessoria et negatoria venit fructus. — Schließlich erlangt der Kläger mit der Negatoria aber auch Sicherung gegen abermalige Störung durch eine dem Beklagten aufzuerlegende Caution, s. Gl. Tollere ad leg. 7 D. 8, 5 und Gl. Debeat ad leg. 12 D. eod. In dieser letzten Wirkung der Klage liegt ihr Hauptvortheil für den Eigenthümer, sie ist das, wodurch die ganze Klage hauptsächlich charakterisirt und das officium judicis bei ihr hauptsächlich bestimmt wird; daher denn die Betonung gerade dieser Seite des officium in Gl. Qui negat cit. zu Anfang.

Hieraus folgt nun weiter, daß der Eigenthümer die Negatorienklage auch dann anstellen kann, wenn eine Störung noch gar nicht erfolgt ist, blos um zu jener Sicherung zu gelangen. Dies ergibt sich ferner aus l. 5 §. 6 D. si ususfructus 7, 6; und Gl. Consequentur ad leg. cit. scheint nicht abgeneigt, dies anzuerkennen, indem sie bemerkt, auch dem Besitzenden[1] stehe hier die Klage zu. Als widersprechend wird Placentinus angeführt, was freilich mit seinen Bemerkungen Summa Cod. in libr. 3, 34 ed. Schoeffer, S. 118, Z. 4—6 v. o., nicht ganz stimmt, dagegen aber von Hugolinus, Summa Digestorum in librum 7, 6, fol. 270vo., Sp. 1 oben, bestätigt wird.

---

[1] D. h. dem im Quasibesitze des Rechts, in Bezug auf welches er behauptet, es stehe dem Beklagten nicht zu (bei der negatoria), oder es stehe ihm, dem Kläger, zu (bei der confessoria), Befindlichen.

Soviel über Kläger, Beklagten und Klagepetitum in der negatoria; zu erörtern ist noch der vielbestrittene Punkt, welchen Beweis der klagende Eigenthümer zu führen habe; ob blos denjenigen seines Eigenthums oder auch denjenigen der Nichtexistenz einer von dem Beklagten etwa behaupteten Berechtigung zu der Störung. Hier steht Accursius fest auf Seite derjenigen, welche weiter nichts als den Eigenthumsnachweis fordern; s. Gl. Potiores ad leg. 5 pr. D. si ususfructus 7, 6 und Gl. Possessoris ad leg. 8 §. 3 D. 8, 5. Dabei stützt er sich auf die Präsumtion von der Freiheit des Eigenthums; doch darf man es ihm nicht zum Vorwurf machen, wenn er so wieder eine förmliche Präsumtion heranzieht.[1] Denn ihm ist die Präsumtion nicht eine besondere Kunstschöpfung, nur anzuwenden in Ausnahmefällen, in welchen man sich sonst nicht zu helfen weiß; sondern weiter nichts als die processualische Formulirung einer aus der Natur der Sache folgenden, die Beweislast in ungewöhnlicher Weise verschiebenden Beweisregel. Daher ist es denn auch durchaus charakteristisch, wenn Gl. Possessoris cit. hier auf l. 16 C. de probationibus 4, 19, und die dort zur Anwendung kommende Präsumtion von der Fortdauer einmal begründeter Rechte verweist; außerdem wird noch l. 10 (9) C. de pigneraticia actione 4, 24 citirt, nach welcher auch der besitzende Pfandgläubiger gegen den das Pfandobject vindicirenden Schuldner sein Pfandrecht nachweisen muß, um sich im Besitze zu erhalten; nicht etwa ist es Sache des Vindicirenden, darzuthun, daß jener nicht Pfandberechtigter sei: die Analogie liegt nahe.

In Gl. Possessoris cit.[2] wird zugleich auch l. 8 §. 3 cit. mit dieser Beweistheorie ganz in Einklang gebracht; es soll nämlich l. 8 §. 3 D. cit. weiter nichts besagen, als daß allerdings der Besitzstand bezüglich der Servitutberechtigung große

[1] S. über die infolge der Beweistheorie des gemeinen Rechts eingetretene Nothwendigkeit zur Formulirung von Präsumtionen die tiefgehenden Bemerkungen von Bruns, Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium, Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, IV, 54 fg. (1860).

[2] Dieselbe trägt die Sigle des Azo.

Vortheile bietet; so hat der Besitzer längern Erfüllungsausstand, er braucht nicht selbst confessorisch zu klagen, sondern kann warten, bis er mit der negatoria belangt wird; schließlich aber auch braucht er, wenn er beklagt ist und nun einredeweise den Beweis einer ihm etwa zustehenden Servitut antritt, wenigstens nicht auch sein Eigenthum am praedium dominans, sondern nur die Existenz eines mit diesem verbundenen Servitutrechts zu beweisen, während er das Bestehen der Servitut und sein Eigenthum am praedium dominans darzuthun hätte, wenn er mit der confessoria klagend aufträte. Wegen der nicht zutreffenden Analogie der vindicatio in libertatem s. Gl. Possessoris cit. und Gl. Ingenuitatis ad leg. 14 D. de probationibus 22, 3.

## §. 31.

## C. Utilis rei vindicatio.

Mit Rücksicht auf die große Rolle, welche bei den Glossatoren das dominium utile spielt, müssen einige Worte demjenigen Institute gewidmet werden, welches die Grundlage desselben bildet, nämlich der vindicatio rei utilis. Dieselbe steht der vindicatio directa gleich in allem bis auf die Behauptung, auf welche die Klage sich stützt, und demgemäß denn auch den dem Kläger obliegenden Beweis.

In allen Fällen, in welchen von einem dominium utile die Rede ist, hat nämlich der dominus utilis die utilis in rem actio, s. oben §. 2. Freilich finden sich, wie dort näher ausgeführt, Stellen in der Glosse, welche dem Bedenken Ausdruck geben, hier überhaupt von einem dominus, wenn auch nur utilis, zu reden; da der Ausdruck aber einmal von Accursius recipirt ist, so können wir uns seiner bedienen. Wollten wir uns dagegen in der vorsichtigern Weise ausdrücken, deren Spuren sich noch in der Glosse finden, so müßten wir etwa sagen: die rei vindicatio utilis steht demjenigen zu, welchem die Rechtsordnung wegen eines ihm zukommenden, dem Eigenthum analogen Rechtes zur Sache eine Vindicationsbefugniß einräumt, ohne daß er wirklich Eigenthümer

wäre. Die Fälle derartiger Befugniß sind höchst verschiedene und mannichfaltige[1]; eine Zusammenstellung derselben gibt Placentinus, De varietate actionum, libr. I, Titel 7—18, deren verschiedene Ueberschriften aneinandergereiht ein Verzeichniß der Arten des dominium utile darstellen würden, freilich mit einigen Placentinischen Singularitäten.

Von selbst ergibt sich nun, was der Kläger an Stelle des reinen Eigenthums, dominium directum, welches er ja nicht hat, hier nachweisen muß, nämlich die Existenz irgendeines Rechtes zur Sache, an welches die positive Rechtssatzung die rei vindicatio utilis knüpft; oder, um wieder den kürzern, aber ungenauern Ausdruck zu gebrauchen, die Existenz des dominium utile. So z. B. kann mit der rei vindicatio utilis Immobilien abholen, wer nachweist, daß er dieselben ersessen hat, oder daß er ein emphyteutarisches, superficiarisches, vassalitisches Recht auf sie hat; der Soldat kann diejenigen Gegenstände utiliter vindiciren, von welchen er darthut, daß sie mit seinem Gelde gekauft sind, u. s. w. Näherer Ausführung bedarf all dies nicht mehr, da hier das Recht blos aus der Klage abstrahirt, aus derselben theoretisch erwachsen ist; infolge dessen bietet die Klage nichts dem Recht gegenüber Eigenthümliches; und eben dieses Zusammenhangs wegen ist ja auch im Vorhergehenden jedesmal, so oft vom Recht die Rede war, die Klage mit behandelt worden.

Fand nun die rei vindicatio utilis die ziemlich weite Anwendung, welche sich aus dem a. a. O. über sie Bemerkten ergibt, so lag es schließlich nahe, dieselbe mit der Publiciana geradezu zu verwechseln. Vorbereitet wird eine derartige Verwechselung dadurch, daß der actio Publiciana die rei vindicatio einfach als actio directa entgegengestellt wird, die actio Publiciana demnach schon als eine Art von actio utilis erscheint, s. Gl. De precio ad leg. 8 D. de Publiciana in rem actione 6, 2; Gl. Possessus non est ad leg. 11 §. 2 D. eod.; Gl. Publiciana ad leg. 12 §. 1 D. eod.; u. a. m. Aber auch die

[1] Dieselben hier nochmals aufzuzählen, erscheint überflüssig; s. oben §. 2, §. 8 und a. a. O.

directe Behauptung findet sich, daß die von l. 7 §. 7 D. tit. cit. 6, 2 gewährte Publiciana weiter nichts sei als eine rei vindicatio utilis; s. Gl. Competit mihi Publiciana ad leg. cit. 7 §. 7 mit Bezugnahme auf l. 13 §. 3 D. de jurejurando 12, 2, sowie besonders Placentinus, De varietate actionum, I, 4, a. E., wo dies mit dürren Worten ausgesprochen ist. Doch wird von Accursius diese Ansicht direct und bestimmt verworfen, so daß nicht behauptet werden kann, die beiden Klagen gingen nach der Theorie der Glosse völlig ineinander über; vielmehr trennt Gl. Directam ad §. 4 J. de actionibus 4, 6, der Meinung „Einiger" gegenüber, welche utilis rei vindicatio und Publiciana zusammenwerfen, ganz scharf diese beiden Klagen voneinander und von der rei vindicatio directa; und Gl. Actio ad §um cit. bemerkt nicht unfein, daß, wenn der Prätor Publicius nicht seinen Namen der Publiciana gegeben hätte, dieselbe wohl als rei vindicatio in factum bezeichnet werden müßte, eine Bezeichnung, welche recht gut das immer weitere Verhältniß andeutet, in welchem directa, utilis und Publiciana zueinander stehen. Wir wenden uns nunmehr schließlich zu letzterer.

## §. 32.

## D. Publiciana in rem actio.[1]

1) Die Publiciana dient zunächst jedem dazu, die Sache wiederzuerlangen, welchem dieselbe früher einmal auf Grund eines justus titulus übergeben worden ist, ohne daß er Eigenthümer geworden wäre. Er erreicht mit ihr, sofern er durchdringt, alles dasjenige, was er mit der rei vindicatio erreicht haben würde,

---

[1] Vgl. zunächst Gl. Dicit ad §. 4 J. de actionibus 4, 6; dann die Glossen ad tit. D. de Publiciana in rem actione 6, 2; außerdem Placentinus, De varietate actionum, Buch I, tit. 5 de Publiciana in rem actione, recht übersichtlich und gut, aber nicht so vollständig und befriedigend wie der vorhergehende Titel über die rei vindicatio; kurz, aber ansprechend ist Hugolini Summa Dig. in hunc titulum.

in Bezug auf Schadensersatz für Hauptsache sowol wie Früchte, sei der Schaden veranlaßt durch dolus oder culpa des Beklagten oder auch durch casus; dagegen muß er sich entgegenhalten lassen, was man dem Eigenthümer bei der Vindication entgegenhalten würde, so z. B. die Einrede der Impensen; s. Gl. Diximus ad leg. 7 §. 8 D. h. t. Denn im allgemeinen handelt es sich hier um eine nicht den possessorischen Actionen, sondern der Vindication analoge Klage, s. Gl. Non ad instar ad leg. 7 §. 6 D. h. t.

Die Publiciana ist nun aber über ihr ursprüngliches Wesen ferner so erweitert, daß sie jedem redlichen Besitzer zugestanden wird, nicht blos demjenigen, welchem e justa causa tradirt worden ist; bisweilen erhält sie sogar derjenige, welcher nie besessen hat. Ersteres gibt im weitesten Umfange zu Gl. Sunt et aliae pleraeque ad leg. 3 pr. D. h. t., indem sie schließlich bemerkt, auf die Tradition komme es nur da an, wo im Wesen der analogen Eigenthumserwerbsart die Nothwendigkeit der Tradition liege; wo aber, wenn sonst die nöthigen Bedingungen vorlägen, Eigenthum ohne Tradition erworben werden würde, da werde, wenn eine jener Bedingungen fehle, die Publiciana erworben. Man könne dies auch so ausdrücken, daß bei der Tradition nicht benöthigenden Eigenthums-Erwerbsarten derjenige Erwerbsact, welcher gerade dieser Erwerbsart charakteristisch sei, an die Stelle der traditio trete, z. B. beim Eigenthumserwerb aus einer Erbschaft die hereditatis aditio: was allerdings wol heißt der Sache eine sehr freie Wendung geben. Aengstlicher ist Accursius, wenn es sich darum handelt, demjenigen, welcher überhaupt nie besessen hat, die Publiciana zu gewähren; doch entschließt er sich in einzelnen Fällen auch hierzu, s. Gl. Nacti ad leg. 13 pr. D. h. t., wo solche Fälle zusammengestellt sind; vgl. ferner Gl. Publiciana ad leg. 12 §. 1 D. h. t.; Gl. Non sim ad leg. 15 D. h. t., welche auch sonst bemerkenswerth ist; Gl. Petenda ad leg. 11 §. 6 D. h. t., welche außerdem ein besonderes Interesse durch ihre scharfe Durchführung der Theorie von der Unmöglichkeit des Besitzes an Sachtheilen als besondern Sachen bietet; und Gl. Possedisset ad leg. 9 §. 6 D. h. t.

Auf diese Weise ist denn schon der Glosse die Publiciana ein Schutzmittel für jeden redlichen Erwerber geworden. Accursius erörtert nun die Frage, ob wol auch der Eigenthümer sich derselben bedienen dürfe, und ist theilweise nicht abgeneigt, dies zu verneinen. Er meint nämlich, zum Wesen der Publiciana gehöre es ja doch, zu behaupten, man sei nicht völlig Eigenthümer geworden, dies liege schon in der Formel, welche da sage: Ich klage die Sache ein, als ob ich Eigenthümer geworden wäre[1]; dies könne aber niemand mit Recht behaupten, der wirklich Eigenthümer zu sein glaube. Das sei ja nun allerdings Gewissenssache, in welcher durch Zeugen nichts bewiesen werden könne; aber es folge doch bestimmt daraus, daß der, welcher sicher Eigenthümer zu sein glaube, die Publiciana nicht anstellen dürfe; so Gl. A non domino ad leg. 1 pr. D. h. t.; Gl. Dominus effectus ad §. 4 J. de actionibus 4, 6, und Gl. Dicit ebendort; und besonders darf demnach derselbe nacheinander mit der Vindication und der Publiciana (oder umgekehrt) keinenfalls vorgehen. Dieser höchst unangenehmen Schlußfolgerung entzieht sich nun aber die Glosse folgendermaßen: es wird nämlich der Durchschnittsfall der sein, daß Kläger selbst nicht so ganz sicher weiß, ob alle Umstände so genau zusammentreffen, daß er wirklich Eigenthümer geworden ist, und in diesem gewöhnlichen Falle des Zweifels[2] wird es ihm überlassen bleiben müssen, diejenige von beiden Klagen zuerst anzustellen, von welcher er glaubt, daß sie

[1] Diese Formel war den Glossatoren mit ihrer Beziehung auf fingirte Usukapion ganz klar, so daß sie sogar l. 12 §. 5 D. h. t. aus ihr erklären. Nur stimmte das Beispiel des noch nicht ein Jahr alten, sicherlich also noch kein ganzes Jahr im Besitze des Klägers befindlichen Kindes nicht mehr ganz für das Justinianische Recht, welches ja zur Usukapion von Mobilien drei Jahre verlangt; jetzt könnte das Kind selbst dann noch nicht ersessen sein, wenn es selbst ein voller anniculus gewesen wäre, so lange es nur noch nicht drei Jahre alt war. Eigentlich hätten demgemäß die Compilatoren für „anniculi" einsetzen müssen „tres annos nati"; interessant ist es nun, wie Gl. Anniculi ad leg. cit., welcher doch eine derartige historische Erklärung nicht möglich ist, sich mit großem Geschick aus der Sache zieht und sogar eine im Wesentlichen völlig zutreffende Erklärung liefert.

[2] Genau so Azo, Summa Inst., in libr. 4, 6, fol. 259, Sp. 2 in der Mitte.

ihn rascher zum Ziele führt, ohne daß er durch Anstrengung der einen verhindert würde, wenn er in derselben unterliegt, die andere zu erheben, da die Klagefundamente in beiden eben ganz verschieden sind. Uebrigens wird es meist zweckdienlich sein, zuerst die Publiciana anzustellen, da Kläger, um diese zu begründen, keinenfalls darzuthun hat, daß er nicht Eigenthümer sei; vielmehr wird es Sache des Beklagten sein, wenn die Nichtanwendbarkeit der Publiciana aus diesem besondern Grunde von ihm behauptet wird, das Eigenthum des Klägers nachzuweisen; und damit hat denn letzterer wieder eine bedeutende Erleichterung für die nunmehr von ihm anzustellende rei vindicatio gewonnen, indem er sich bei dieser auf den im vorigen Proceß von dem Gegner gelieferten Beweis seines, des klägerischen, Eigenthums wird stützen können.

So die eigenthümlich formalistische, aber interessant durchgebildete und juristisch fein aufgefaßte Lehre der Glosse von der Concurrenz dieser beiden Klagen.

2) Dadurch, daß die Publiciana für den Kläger auf dessen redlichem Erwerb beruht, und noch mehr durch die von ihr angewendete Fiction hat sie eine gewisse Verwandtschaft mit der Usukapion. Dieses wird von der Glosse in ganz richtiger Weise anerkannt, nämlich so, daß die Verwandtschaft allerdings eingeräumt wird, aber ohne daß Accursius es für nothwendig erachtete, an den Consequenzen derselben stets festzuhalten; vielmehr bewahrt er sich in der Würdigung dieses Verhältnisses völlige Freiheit. So gibt Gl. Quia usucapere ad leg. 7 §. 17 D. h. t. allerdings zu, daß im allgemeinen die Folgerung von der Usukapionsmöglichkeit auf die Möglichkeit der Anstellung der Publiciana richtig ist; aber ganz correcterweise macht Gl. Ergo ad leg. 7 §. 2 D. h. t. beschränkende Zusätze und erklärt die Aehnlichkeit der beiden Institute für ein mehr zufälliges Zusammentreffen, indem sie den Schluß von dem einen derselben auf das andere als „locus[1] a communiter incidentibus" bezeichnet. Aus

[1] Locus = τόπος in der rein dialektisch-scholastisch-nach-Aristotelischen Bedeutung, s. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 115 fg.



der Aehnlichkeit zwischen usucapio und Publiciana folgen nun hauptsächlich folgende Punkte:

a. Die Publiciana ist nur möglich zum Schutze des redlichen Erwerbes von usukapirbaren Sachen. Die Glosse erkennt dies schon implicite an, indem sie ihre Terminologie von vitia (usucapionis) personalia und realia hier anwendet; s. z. B. Gl. Neque enim dolus ad leg. 7 §. 11 D. h. t.; dann aber auch ausdrücklich in Gl. Non possunt ad leg. 9 §. 5 D. h. t. Hieraus folgt denn weiter, daß bezüglich der vom Erben anzustellenden Publiciana ganz dasselbe gilt wie bezüglich der Usukapionsfähigkeit des Erben: denn die Glosse betrachtet ja die mala fides des Erblassers geradezu als ein auf den Erben übergehendes vitium personale. Daher werden hier auch genau die Grundsätze entwickelt, welche wir aus der Lehre der Ersitzung titulo pro herede schon kennen, s. Gl. Nec proderit ad leg. 7 §. 12 D. h. t. und Gl. Causis ad leg. 11 §. 4 D. h. t.; vgl. oben §. 14 sub 2) a. Eine Ausnahme von der Regel, daß nicht usukapirbare Sachen auch nicht mit der Publiciana verfolgbar sind, stützt Accursius auf l. 12 §. 2 D. h. t., s. Gl. Non possunt ad leg. 12 §. 2 cit. und Gl. Non possunt ad leg. 9 §. 5 D. h. t.; in letzterer wird diese Ausnahme mit fast abenteuerlicher Verallgemeinerung auf den Satz zurückgeführt, daß, wo das Verbot der Usukapion rein zum Vortheile des Staates eingeführt sei, die Publiciana ungehemmt bleibe.

b. Die Regeln bezüglich der Momente, in welchen bona fides vorhanden sein muß, sind bei der Publiciana dieselben wie bei der Ersitzung. Einige scheinen allerdings behauptet zu haben, daß die bona fides fortwährend, bis zum Moment der Klageerhebung vorhanden sein müsse[1], s. Gl. Oportere etiam tunc ad leg. 7 §. 17 D. h. t. und Gl. Ignorem ad leg. 11 §. 3 D. h. t.; doch wird dies von Accursius bestimmt geleugnet. Vielmehr braucht im allgemeinen der gute Glaube nur zur Zeit des

---

[1] Auch nach Römischem Recht; nicht etwa nach einer kanonisch-rechtlichen Neuerung: von einer solchen ist nirgendwo die Rede.

Erwerbes vorhanden zu sein; beim Kaufe ist er außerdem auch noch zur Zeit des Abschlusses des Kaufgeschäfts nöthig; s. Gl. Publiciana tempus emptionis und Gl. Continet ad leg. 7 §. 14 D. h. t.

c. Bezüglich des titulus findet sich nirgendwo so klar die Gleichartigkeit der Bedingungen für Publiciana und Ersitzung ausgesprochen, wie bezüglich der vorerwähnten Punkte; obgleich bona fides und justus titulus hier gerade so nebeneinandergestellt werden wie in der Usukapionslehre, s. Gl. Nec proderit cit. ad leg. 7 §. 2 D. h. t. zu Ende. Zum titulus pro empto gehört hier nicht Zahlung des Kaufpreises, s. Gl. De precio ad leg. 8 D. h. t. mit interessanter Regel über die Aufhebung eines ältern speciellen durch ein neues allgemeines Gesetz und umgekehrt (zum Schluß). — Die Publiciana ist auch dann begründet, wenn jemand in gutem Glauben von einem furiosus gekauft hat; s. über die Schwierigkeit, welche bezüglich dieses Punktes durch die Collision von l. 2 §. 16 D. pro empto 41, 4 (5) und l. 7 §. 2 D. h. t. entsteht, das oben §. 14 sub 1) a. bei Gelegenheit des titulus pro empto Bemerkte. — L. 57 D. mandati 17, 1, bietet nach der Erklärung der Glosse gar keine besondern Schwierigkeiten, da nach ihr venalitiarius hier der emptor servorum ist, was dann mit der Lesart „non utiliter" zusammen zu Resultaten leitet, die allerdings ziemlich „trivial"[1] sein mögen, zu deren Erlangung aber doch wenigstens nichts in die Stelle hineingetragen zu werden braucht; s. übrigens Gl. Venalitiarium und die übrigen Glossen ad leg. 57 cit., von welchen Gl. Cognita das von anderer Seite stark urgirte causa cognita ganz ansprechend erklärt.

3) Die Publiciana führt zum Siege gegen jeden Besitzer mit schlechterm Recht; ein solcher ist natürlich stets der Besitzer ohne bona fides und titulus. Regelmäßig besseres Recht wird dagegen haben der Eigenthümer, obgleich hier Ausnahmen vorkommen. Fraglich ist die Sache hauptsächlich dann, wenn sich

---

[1] Vgl. Vangerow, Pandekten, I, §. 335, Anm. 2a. a. E., S. 670.

zwei redliche Erwerber entgegenstehen. Hiervon handeln wir deshalb zunächst, dann von jenen Ausnahmen.

a. Wenn ein redlicher Erwerber gegen den andern klagt, so wird, wofern nicht beide ihr Recht zur Sache von demselben Autor herleiten, der Besitz des Beklagten zu dessen Gunsten entscheiden. Berufen sie sich dagegen auf denselben Autor, so kommt es darauf an, wer zuerst von demselben erworben hat; als derselbe Autor gelten Rechtsvorgänger und =Nachfolger, wenn Kläger von dem einen, Beklagter von dem andern (oder umgekehrt) erworben zu haben behaupten. Dies ist die bestimmte Anschauung Azo's und der Glosse bezüglich unserer Frage; s. die ausführliche Gl. Petentis ad leg. 9 §. 4 D. h. t., in welcher sämmtliche Fälle, in welchen zwei von verschiedenen Autoren oder demselben Autor, von einem dominus oder von einem non dominus, ihr Recht herleiten, in allen möglichen Combinationen entwickelt und entschieden werden, wobei aber auch nicht verfehlt wird, auf die Eigenthümlichkeit der Publiciana bezüglich der Preiszahlung beim Kaufe Rücksicht zu nehmen. — Uebrigens macht diese ihre den allgemeinen Grundsätzen entsprechende Theorie den Glossatoren um so weniger Schwierigkeiten, als sie l. 31 §. 2 D. de act. empti venditi 19, 1 ziemlich unbefangen nur von dem Verhältniß zu einem Dritten verstehen, s. Gl. Apprehenderit ad leg. 31 §. 2 cit.

b. Im allgemeinen unterliegt der Kläger immer gegen denjenigen, welcher sich mit der exceptio dominii schützen kann. Bisweilen wird aber auch gegen diesen demjenigen, welcher nach den Principien der bona fides selbst dem Eigenthümer gegenüber ein Recht auf die Sache hat, durch die Publiciana zu dieser verholfen, s. Gl. Potius ad leg. 17 D. h. t. und Gl. Dicit ad §. 4 J. cit. Solcher Fälle zählt Gl. Potius fünf, Gl. Dicit sechs auf; dieselben sind dort ziemlich klar auseinandergesetzt und uns auch schon großentheils bekannt, s. besonders §. 5 sub 2), wo auch die innere Structur der meisten derartigen Rechtsverhältnisse auseinandergesetzt ist, und vgl. noch §. 14 sub 4). Bei der ausführlichen Erörterung, welche der Gegenstand somit früher schon erfahren hat, wird es hier wol

eines weitern Eingehens auf denselben nicht bedürfen; Einiges bietet Azo, Summa Inst., in libr. 4, 6, fol. 259, Sp. 1 oben bis ungefähr in der Mitte.

4) Wegen der Anwendung der Grundsätze der Publiciana auf die Verhältnisse der Servituten, besonders auf die actio confessoria und die actio negatoria, s. Gl. Vindicare potest ad leg. 2 §. 1 D. si servitus etc. 8, 5, und Gl. Quis suam ad leg. 11 §. 1 D. h. t. 6, 2; vgl. auch noch Placentinus, De varietate actionum, Buch I, Titel 5 de Publiciana in rem actione, S. 11 am Ende und S. 12 oben.

---

# Verzeichniß

derjenigen Stellen aus dem Corpus juris civilis, welche, sei es selbständig, sei es bei Gelegenheit der Erwähnung zugehöriger Glossen, citirt werden.

---

## Institutiones.

Institutiones.



## Digesta.

## Digesta.

Digesta.

Seite

## Digesta.

Digesta.

## Digesta.

Digesta.

Digesta.

## Digesta.

## Digesta.

Digesta.



## Codex.

Codex.

Codex.



## Authenticae.

Authenticae.



## Novellae.



## Pragmatica Sanctio.



## Libri Feudorum.



---

# Nachträge.

---

**Zu S. 11, Ende von §. 1.** In neuester Zeit hat Conrat (Cohn) eine kurze Notiz publicirt (s. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 4. Bd., Rom. Abth., 1. Heft, Miscellen, S. 141—142), welche einem für die Geschichte des Rechts im Mittelalter bisher noch nicht benutzten Manuscript der Königl. Bibliothek zu Dresden, gezeichnet F. 23, entstammt. Dieselbe nimmt die Existenz einer Rechtsschule zu Bologna schon vor Justinian an, wäre also höchst bedeutsam, wenn sie irgendwelchen Glauben verdiente, was aber, wie Conrat selbst andeutet, wol kaum der Fall sein dürfte.

**Zu S. 77, Ende von §. 7.** Die Ansicht Cohn's von der Zugehörigkeit des Florentinischen Rechtsbuches zu der Glossatorenliteratur scheint allerdings eine neue Stütze zu gewinnen in dem Umstand, daß die in demselben Manuscript, aus welchem Cohn jenes Rechtsbuch publicirt hat, gleichfalls von ihm entdeckte, von ihm sog. Epitome Codicis Florentina nicht nur durch den Wortlaut des Textes (Vulgata), sondern auch durch die Art der Bearbeitung auf die Wissenschaft der Glossatoren hinweist (s. Conrat [Cohn], Ueber die Epitome Codicis Florentina, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 4. Bd., Rom. Abth., 1. Heft, Miscellen, S. 130—141.)

**Zu S. 170, Ende von §. 12.** Nach Schluß des Druckes finde ich in der Accursischen Glosse selbst zwei Stellen, welche direct bestätigen, daß besonderer Nachweis der bona fides un-

nöthig ist, daß vielmehr bona fides probatur eo ipso, quod non probatur contrarium; s. Gl. Probetur ad leg. 11 C. de praescr. 7, 33 und Gl. Debes ad leg. penult. C. de evict. 8, 45; vgl. Delbrück, die dingliche Klage des Deutschen Rechts, S. 288, Anm. 21.

---



Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

